

CARLOS ALBERTO CARMONA
(Coordenador)

REFLEXÕES SOBRE A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover,
Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe**

Ana Cândida Menezes Marcato
Ana de Lourdes Coutinho Silva Pistilli
Carlos Alberto Carmona
Debora Ines Kram Baumöhl Zatz
Eduardo de Albuquerque Parente
Heitor Vitor Mendonça Sica
Júlio César Bueno
Marcelo José Magalhães Bonicio
Marcos André Franco Montoro
Marcus Vinicius da Costa Fernandes
Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo
Sidnei Amendoeira Jr.
Umberto Bara Bresolin

Data de Fechamento: 30-5-2007

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2007

Copyright © 2007 by Editora Atlas S.A.



Capa: Leandro Guerra

Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Reflexões sobre a reforma do código de processo civil : estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe / Carlos Alberto Carmona coordenador. – São Paulo : Atlas, 2007.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-4784-8

1. Dinamarco, Cândido R. 2. Grinover, Ada Pellegrini 3. Processo civil – Legislação – Brasil
4. Watanabe, Kazuo I. Carmona, Carlos Alberto.

07-3919

CDU-347.9(81) (094.4).001.73

Índice para catálogo sistemático:

1. Código de processo civil : Brasil : Reforma 347.9(81) (094.4).001.73

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

Quinze Anos de Reformas no Código de Processo Civil

Carlos Alberto Carmona

I – Os primórdios da reforma do Código de Processo Civil

1. Tornou-se lugar-comum avisar que o Código de Processo Civil é instrumento bem talhado, requintado até, produto do amadurecimento do estudo do processo em nosso país. Ninguém nega.¹ Mas como tudo o que é bom, também o Código de Processo Civil envelheceu e os estudiosos temiam que o processo natural de envelhecimento rapidamente desse lugar a uma acentuada esclerose, razão pela qual tomou corpo um consistente movimento de reformas, cujos efeitos começaram a se fazer sentir no início dos anos 90.

2. A primeira dúvida que assalta quem se interessa em reformar um conjunto sistemático de normas é o caminho a seguir: seria conveniente propor a redação de um novo código? Seria mais conveniente reformar o velho código, ainda que correndo o risco de transformá-lo numa “colcha de retalhos” ou num “mosaico”,

¹ José Carlos Barbosa Moreira, escrevendo sobre as tendências contemporâneas do Direito Processual Civil, elaborou, há mais de duas décadas, texto repetido por todos quantos estudam as reformas operadas no Código de Processo Civil. Não fujo à regra e transcrevo suas palavras, que resumem de forma magistral o que pensam todos sobre a nossa lei processual civil: “O trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica do direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos arquitetônicos de impressionante majestade. Nem sempre conjurou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana. A fascinante sutileza de certas elaborações parecia ter contrapartida menos admirável no ocasional esquecimento de que nem tudo devia resumir-se num exercício intelectual realizado sob o signo da ‘arte pela arte’ – ou, se se preferir, da ‘ciência pela ciência’.” (Revista de Processo, 31/199).

como acusaram alguns?² A experiência traumática da tramitação do Código Civil provavelmente serviu de freio para aqueles que acreditavam na possibilidade de dotar o país de um novo diploma processual. Com efeito, a demora na revitalização do Código de Processo Civil seria desastrosa, aumentando de forma insuportável o que hoje convencionou-se denominar “custo Brasil”. A crise do processo recomendava remédio de ação rápida e, assim, o método que acabou adotado pelo grupo que se empenhou nas reformas³ foi o de apresentar propostas pontuais, que pouco a pouco moldaram a nova fisionomia do Código de Processo Civil.

3. Escolhido o método, impunha-se decidir sobre as matérias que seriam objeto de revitalização. Hoje, passados tantos anos, fica mais fácil perceber que as afirmações que circularam à época (início dos anos 90) – dando conta de que a reforma objetivava apenas atualização do Código, sem radicalismos, sem alteração sistemática forte – não mostravam em sua inteireza o propósito das sucessivas ondas que atingiriam em cheio o diploma processual. A intenção não era apenas a de fazer *pequenas alterações* conceituais, muito menos simplesmente *corrigir* alguns dispositivos de conformidade com a jurisprudência que já se havia formado durante a vigência da Lei; também não se tratava de alterar dispositivos de conformidade com a *interpretação uniforme* da doutrina nacional.⁴ Longe disso, iniciava-se no limiar da década de 90 importante experiência – *experiência, sim!* – no âmbito do processo civil de resultados, fortemente inspirado nas idéias da instrumentalidade que se robusteceram nos anos 80,⁵ experiência que contava com a boa vontade de quantos participavam das propostas legislativas, sem qualquer apoio logístico ou, pior, estatístico. Tratava-se, pois, de fazer algumas *opções políticas*, quase aleatórias, esperando que tais escolhas vingassem e florescessem. Às vezes, o método (tosco, para dizer o mínimo) deu certo; outras vezes, a aposta do legislador fracassou. Muitas vezes, o rumo teve de ser corrigido, com a edição

² Araken de Assis, sempre bem humorado e agudo em suas críticas, disse em palestra proferida em Brasília no primeiro semestre de 2006 (participamos da mesma mesa) que o Código foi transformado pelos reformadores num verdadeiro mosaico. Tem razão, em certa medida. Não se pode esquecer, porém, que quem vê um mosaico de perto enxerga pedras e emendas; à distância, contudo, o conjunto transforma-se em obra de arte...

³ Duas entidades atenderam prontamente ao chamado: a Escola Nacional da Magistratura, dirigida por Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, e o Instituto Brasileiro de Direito Processual. A estas duas entidades juntou-se, mais tarde, a Associação dos Magistrados Brasileiros.

⁴ Sálvio de Figueiredo Teixeira, sempre que teve oportunidade, insistiu nos “cinco posicionamentos” tomados como metodologia da reforma, entre eles o de deixar de lado divergências doutrinárias e acadêmicas, apresentando “*sugestões somente de simplificação e agilização*” (A Reforma do Processo Civil – Simplificação e Agilização, *Revista de Processo*, 67/135). Em pouco tempo, toda a comunidade jurídica pôde perceber que as reformas propostas foram muito além de mera simplificação e agilização, como *mineiramente* afirmava Sálvio de Figueiredo Teixeira, figura de proa no movimento reformista.

⁵ Foi em 1986, não custa lembrar, que Cândido Rangel Dinamarco venceu o concurso de cátedra da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com a tese *A Instrumentalidade do Processo*, publicada no ano seguinte (Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo).

de seguidas leis sobre a mesma matéria (como aconteceu com o recurso de agravo, com a audiência preliminar, com o preparo da apelação, com a liquidação de sentença). O balanço final, na minha contabilidade, é altamente positivo.⁶ Acredito que fazer um retrospecto desta árdua caminhada – passados quinze anos do início das atividades reformadoras – seja relevante para exorcizar fantasmas e, de modo sereno, avaliar os resultados até agora obtidos.

II – Prova pericial

4. O marco inicial da reforma do Código de Processo Civil pode ser confortavelmente fixado em 1992: foi em 28 de agosto daquele ano que a Lei 8.455 alterou dispositivos relativos à prova pericial. Abandonou o legislador, com certo atraso, uma concepção insustentável (porque falsa!) que tendia a equiparar os assistentes técnicos ao perito, no sentido de entender todos eles como *auxiliares do juízo* (quando, em verdade, os assistentes eram mesmo *auxiliares da parte*). Com o fim da assemelhação forçada e artificial entre perito e assistentes (o tratamento dos assistentes técnicos como auxiliares do juízo era, antes de mais nada, uma imensa hipocrisia), o legislador conseguiu alguma agilidade no processo, carreando à parte a necessidade de levar informações a seu assistente, bem como determinando que caberia a ela, parte, a responsabilidade de fazer seu assistente apresentar as críticas que tivesse no prazo decendiário. De maneira sutil, o legislador iniciava um movimento lento mas consistente no sentido de carrear aos advogados e às partes mais responsabilidades no processo.⁷

5. Duas novidades chamaram a atenção do estudioso nas modificações incrementadas pelo legislador em 1992: a primeira diz respeito à possibilidade de a perícia poder consistir na inquirição do perito, sem necessidade de apresentação de laudo escrito (art. 421, § 2º);⁸ a segunda refere-se à dispensa da prova pericial se as partes apresentarem pareceres elucidativos, que o juiz considere suficientes (art. 427). Nenhuma destas duas novidades encantou os operadores. Quanto ao primeiro tema, confesso que, à época, imaginei que os juízes passariam a empregar o novo método sempre que possível, dispensando assim laudos extensos e muitas vezes inúteis (recheados de dados desnecessários, excessivamente ilustrados, plenos de fórmulas técnicas pouco compreensíveis): o trabalho do perito seria substituído, portanto, por uma exposição oral, de modo que o juiz

⁶ Nem todos pensam assim: José Ignácio Botelho de Mesquita, por exemplo, em crítica arrebatada, chega ao exagero de dizer que “*todos já sabemos que o Código de Processo Civil está sendo convertido em um monstro invertido e fotofóbico, avesso às luzes da ciência, surdo às exigências da experiência concreta e aos reclamos do futuro*” (“Metamorfose dos embargos” in *Revista do Advogado*, v. 85, maio 2006, p. 57-62).

⁷ Sobre a transferência de tarefas dos auxiliares do juízo para as partes, vide interessante nota crítica escrita em junho de 1996 por Eduardo Talamini (“A determinação do valor do crédito por simples cálculo”, *Revista de Processo*, 85/19).

⁸ Todos os artigos referidos doravante sem referência são do Código de Processo Civil.

(e os advogados) pudesse tirar suas dúvidas em tempo real, sem a necessidade de seguidas e desgastantes manifestações.⁹ Enganei-me: os advogados rejeitaram o mecanismo, que revigorava o princípio da oralidade, tão mitigado em nosso processo civil, por entenderem-no inseguro, eis que, sendo necessário o recurso, o órgão julgador de segunda instância não teria em mãos trabalho técnico para avaliar. Quanto ao segundo tema, constatou-se que as partes poucas vezes valeram-se de pareceres técnicos, na medida em que acreditam que o juiz – que não tem conhecimentos técnicos – acabaria nomeando perito para compreender os trabalhos eventualmente apresentados pelos contendentes (*naturalmente diferentes!*), sendo economicamente desinteressante investir em perícia extrajudicial que poderá não ser aproveitada pelo magistrado. Assim, embora a primeira reforma tenha rendido alguma redução de atos processuais, os mecanismos novos implantados não funcionaram a contento, e ainda aguardam a boa vontade dos operadores para sua plena utilização.¹⁰

III – Identidade física do juiz

6. Se a primeira modificação sistemática do Código recebeu acolhida morna dos operadores, a segunda mereceu recepção ainda menos entusiasmada: a Lei 8.637 (de 31 de março de 1993) alterou o art. 132, mitigando ainda mais o princípio da oralidade em nosso ordenamento. Com efeito, levando em conta a considerável movimentação dos juízes (convocações, promoções, licenças), resolveu o legislador ancorar o princípio da identidade física do juiz no *final* da audiência de instrução, não no *início*. Explico: até 1993, ficava vinculado ao processo o juiz que havia iniciado a colheita da prova, salvo se *transferido, promovido* ou *aposentado*; a partir da modificação do dispositivo legal, a vinculação afetaria o juiz que terminasse a instrução, salvo se *convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido* ou *aposentado*.

7. O que se percebe é que o legislador tentou um antídoto contra a demora causada com a vinculação de um processo a um determinado juiz que, afastado por qualquer motivo que não fosse a promoção, transferência ou aposentadoria (eram apenas esses os casos até então arrolados no art. 132), gerava indevido atraso na prestação da tutela jurisdicional. O remédio foi amargo: a expressão “*afastado por qualquer motivo*”, cumpre reconhecer, engloba amplo espectro de

⁹ Reporto-me às considerações que fiz no artigo “A prova pericial e a alteração do Código de Processo Civil”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 537-550.

¹⁰ Faço minhas as palavras de Athos Gusmão Carneiro (“A nova sistemática da prova pericial”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 551-553): “De qualquer forma, as leis processuais, como todas as demais leis, dependem para sua plena eficácia não só de uma estrutura judiciária adequada ao volume do trabalho forense, como de ter a seu serviço bons advogados, bons promotores de justiça e, acima de tudo, bons juízes: na palavra evangélica, bona est lex, si quis ea legitime utatur.”

possibilidades,¹¹ o mesmo podendo-se dizer das licenças, de modo que a aplicação do princípio da identidade física do juiz em nosso ordenamento será residual pelos dois motivos detectados, quais sejam, pela vinculação apenas do juiz que *terminar* a instrução e pela possibilidade de desvinculação em numerosas hipóteses, excessivamente (*ou propositadamente*) vagas e amplas.

IV – Citação e intimação por via postal

8. Alteração efetivamente impactante foi aquela implantada pela Lei 8.710, de 24 de setembro de 1993: por meio dela, finalmente, *ordinarizou-se* a citação (e a intimação) por via postal no âmbito do processo civil. Certo é que o método de citação por via postal não era estranho ao Código: permitia o legislador, como exceção à regra de que a citação deveria ser feita por mandado a ser cumprido por oficial de justiça, que, sendo o réu comerciante ou industrial domiciliado no Brasil, pudesse ser utilizado o correio como auxiliar eventual do juízo. Embora tradicional a citação por via postal em nosso ordenamento jurídico,¹² o legislador de 1973 não apostou nesta forma de chamamento do réu a juízo, demorando vinte anos para convencer-se da necessidade de simplificar a comunicação dos atos processuais. É natural, portanto, que tenha havido certa hesitação na aplicação da nova regra contemplada no art. 223, querendo alguns que a correspondência endereçada ao citando fosse recebida em mãos próprias pelo destinatário do ato, o que tornaria inócua a nova norma especialmente nos grandes centros, onde predominam os edifícios de apartamentos, pois já se sabe que os carteiros entregam a correspondência ao porteiro ou ao zelador, não aos moradores diretamente. A questão da entrega de correspondência em mão própria também não é nova, pois, sob a égide da redação original do Código, diversos tribunais afirmaram que a citação pelo correio só teria valor se o destinatário fizesse constar do aviso de recebimento da correspondência sua assinatura. Nota-se, portanto, que o comerciante ou o industrial (*e isso valia para a pessoa jurídica!*) deveria receber pessoalmente a correspondência, sob pena de invalidade.¹³ O tempo foi

¹¹ O art. 73 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, por exemplo, atesta que será concedido afastamento ao magistrado (sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens) “*para freqüência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, a critério do Tribunal ou de seu órgão especial pelo prazo máximo de um ano*” e também “*para a prestação de serviços, exclusivamente à Justiça Eleitoral*”. Não por acaso, observou José Roberto dos Santos Bedaque, com acuidade, que “*são tantas as hipóteses de não-incidência da identidade física, que o princípio hoje encontra aplicação bastante restrita. Aliás, dependendo do elastério dado à expressão afastamento por qualquer motivo, pouco restará da idéia original*” (*Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, Ed. Atlas, São Paulo, 2005, p. 405, comentário ao art. 132).

¹² Neste sentido, Egas D. Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, v. II, p. 250 ss.

¹³ A interpretação do § 3º do art. 223 indicava que o carteiro deveria fazer a entrega da carta ao destinatário ou a quem tivesse poderes para receber a citação em seu nome. Neste sentido, podem ser lidos acórdãos publicados na *RTJ* 105/200, na *RT* 522/138, na *RJTJESP* 96/56 e na *JTA* 52/67,

se encarregando, a duras penas,¹⁴ de corroer esta rigidez interpretativa, que não levava em conta a teoria da preposição. Mais que isso, soa estranho que os tribunais cíveis tenham se distanciado tanto dos tribunais trabalhistas: enquanto os primeiros mantinham postura rígida, agarrando-se formalmente a uma interpretação anacrônica dos cânones do princípio do contraditório, a prática do processo laboral mostrava que normalmente a citação pelo correio atingia sua finalidade e nos casos de falha convinha deixar ao magistrado resolver a questão da eventual nulidade.

9. Superado o período de adaptação,¹⁵ os tribunais passaram a validar a citação quando a correspondência fosse recebida pela empresa (pouco importando se quem recebesse a carta tenha poderes ou não de representação), ou fosse recebida no endereço do citando pessoa física. O fato é que todos começaram a prestar mais atenção à correspondência recebida: se o envelope ostentasse o timbre do Poder Judiciário, a carta mereceria maior atenção; nas empresas, disseminou-se a prática de orientar os recepcionistas para o rápido encaminhamento das cartas aos setores responsáveis; nos edifícios, os porteiros e zeladores também foram orientados a manter registro da entrega desta correspondência diferenciada. Em suma, expandiram-se as medidas necessárias para estimular que a carta de citação fosse entregue ao seu destinatário no menor prazo possível. Não se faz reforma, sabem todos, sem acréscimo de responsabilidade. A aposta do legislador, neste caso, foi vitoriosa.

10. Nem tudo, porém, são flores. O legislador não quis, nos idos de 1993, disseminar de modo completo o método de citação por via postal. Manteve longe dos Correios tanto a Fazenda Pública (*mais uma vez privilegiada!*) como os executados. Quanto aos últimos, importa lembrar que já havia experiência legislativa

entre tantos outros. A RT 614/140 dá notícia de decisão que entendeu válida a citação por via postal recebida por funcionário sem poderes específicos (tal decisão, majoritária, foi porém reformada em sede de embargos infringentes).

¹⁴ Parte da doutrina mostrou-se sempre muito reticente a respeito da eficácia da citação por via postal, tida como insegura, o que ofenderia os cânones do direito de ser citado: neste exato sentido, consulte-se a obra de Luiz Carlos de Azevedo, *O Direito de Ser Citado* (Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1980, p. 368-375).

¹⁵ Anotei, à época da promulgação da Lei 8.710/93 ("A citação e a intimação no Código de Processo Civil: o árduo caminho da modernidade", in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 531-536), que o sucesso da fórmula adotada dependeria da interpretação mais ou menos rigorosa que o Superior Tribunal de Justiça viesse a dar ao dispositivo que determina a entrega da carta pessoalmente ao citando ou ao representante legal do citando. Se prevalecesse a posição que alguns ministros daquela Corte Superior adotavam antes da edição da lei de 1993, atestando a desnecessidade de entregar a carta citatória exclusivamente a pessoas que representem instrumentalmente a sociedade, sendo válido o recebimento da carta por funcionário da empresa, a nova lei traria notável agilização para o processo civil; caso contrário, se prevalecesse a postura formalista preconizada por outros ministros da mesma Corte, que exigiam, para a validade da citação, que ela fosse feita a quem legitimamente representasse a sociedade em juízo, a alteração legislativa não alcançaria sua integral finalidade.

de sucesso que empregava a citação postal: a Lei 6.830/80, em seu art. 8º, determinava o emprego do método, o que já oferecia algum suporte para o legislador lançar a experiência também no âmbito da execução civil. O art. 222, porém, imunizou estes dois setores, perdendo oportunidade de disseminar o mecanismo aceleratório que acabava de implantar.

V – Aditamentos do pedido e estabilização do processo

11. Ainda em 1993 o legislador fez pequena alteração no art. 294, que trata da estabilização do processo, para permitir aditamentos do pedido antes da citação do demandado. Considerando os termos do art. 264 – que impede o autor de modificar o pedido ou a causa de pedir depois da citação (a não ser que o réu concorde) e proíbe qualquer alteração após o saneamento – parece que o artigo modificado (294) perdeu sua importância e poderia ser simplesmente revogado, sem perda para o sistema. O art. 294, de qualquer modo, precisa ser interpretado de forma útil. Se o legislador disse que o processo se estabiliza depois da citação, antes dela pode o autor fazer toda e qualquer modificação que quiser, o que significa dizer que o pedido e a causa de pedir podem ser completamente alterados, a ponto de ser aproveitada pelo autor apenas a guia de recolhimento das custas processuais (e a distribuição). Não é raro que isso aconteça, bastando pensar numa ação de despejo por falta de pagamento em que o réu, depois da propositura da demanda (mas antes da citação) desocupa o imóvel locado, restando em aberto os aluguéis devidos: o autor pode, em tal hipótese, confortavelmente, emendar (*rectius*, substituir!) a inicial, de modo a transformar a demanda de condenatória-constitutiva (despejo) em executiva (art. 585, V). Mas para chegar a tal conclusão, repito, não há necessidade de recorrer ao art. 294, bastando a permissão constante do art. 264.

VI – Liquidação de sentença

12. A ação de liquidação de sentença sempre foi – desde a edição do Código, para tratar do passado recente – um grande estorvo para os operadores. Operadores e doutrinadores sempre desconfiaram da validade do sistema artificial montado pelo legislador, que tratava a fase¹⁶ de liquidação como uma verdadeira demanda declaratória incidental, submetendo o autor vencedor a nova maratona em busca da chave para, finalmente, destrancar a via de acesso à execução. Não bastasse isso, a Lei Processual de 1973 havia eleito três vias liquidatórias, entre

¹⁶ A doutrina brasileira sempre controversou acerca do adequado tratamento jurídico da liquidação. Embora o Código qualificasse a liquidação como verdadeira ação (ação de natureza declaratória), tomou vigor no início dos anos 90 a tese que dispensava a citação inicial nos pedidos de liquidação de sentença por cálculo do contador ou por arbitramento, o que mostrava o desconforto que causava à doutrina o tratamento desnecessariamente rígido do que deveria ser apenas uma fase do processo.

elas a que preconizava a homologação de cálculo do contador. Em 1994, o legislador concentrou seu ataque exatamente sobre esta via, ou seja, “liquidação por cálculo do contador”, para aniquilar de uma vez por todas esta fórmula bizantina de identificar o valor devido pelo vencido quando a apuração dependesse apenas de contas, que a parte (ou o seu o advogado) pudesse fazer. Mais uma vez depositou-se no advogado o ônus da reforma: não haveria mais necessidade de aguardar a lentíssima remessa dos autos ao contador para fazer contas; seria dispensada a manifestação (lentíssima) sobre os cálculos; seria dispensada a homologação por sentença que desafiava recurso de apelação (mais uma lentidão processual). Em suma, caberia ao advogado fazer algo que detesta: contas! E deveria fazê-las bem feitas, de modo que o juiz pudesse entendê-las para enfim admitir a execução da sentença sem maiores percalços. Esta a essência da mudança operada pela Lei 8.898, de 29 de junho de 1994.

13. Com efeito, antes do advento da Lei 8.898/94, cabia ao contador do juízo proceder à elaboração dos cálculos, após o que dispunham as partes do prazo comum de cinco dias para se manifestar; em seguida, decidia o juiz, resolvendo as eventuais impugnações, até proferir sentença homologatória da conta. Considerando que o contador do juízo, assoberbado, normalmente demorava para apresentar os cálculos almejados pelo vencedor, tornou-se comum, à época, que a parte interessada apresentasse desde logo os cálculos liquidatórios para homologação, submetendo-os ao crivo do adversário. Por esta porta entreaberta passou o legislador, que resolveu institucionalizar o procedimento de apresentação de cálculo pela própria parte, transferindo eventual debate para os embargos à execução. É claro que alguns problemas não foram previstos à época, ocupando-se deles a doutrina: o credor poderia, por exemplo, encetar execução de valor muito superior ao do título judicial (sentença condenatória), obrigando o devedor a garantir o juízo para poder demonstrar o abuso.¹⁷ A exceção de pré-executividade, que mostrou especial vigor a partir do final dos anos 80, acabou por controlar eventual exagero, até que o legislador pudesse resolver o tema alguns anos depois. Da mesma forma, cuidou a doutrina de demonstrar que, embora fosse banida do ordenamento a sentença homologatória de cálculo, não havia impedimento para que as partes pudessem valer-se do concurso do órgão auxiliar do juízo quando o cálculo fosse excessivamente complexo ou na hipótese de hipossuficiência.¹⁸ Por fim, como medida de aceleração e de agilização, o le-

¹⁷ Vide, neste sentido, os apontamentos de José Eduardo Carreira Alvim (“Liquidação de sentença e a Lei 8.898/94”, *Revista de Processo*, 77/65) que sugere, em caso de abuso, que o juiz possa valer-se do auxílio do contador para indeferir pedido de citação para pagamento de valor exagerado, não contemplado na sentença. Em certa medida, a sugestão de Carreira Alvim foi aproveitada, tempos depois, pelo legislador.

¹⁸ São exatas as observações de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (“Considerações sobre algumas das reformas do Código de Processo Civil”, *Revista de Processo*, 77/70) quando mostrava que, em meados de 90, os planos econômicos desnorream os que precisavam aplicar índices, conversores de moeda, redutores, fatores de deflação, tornando o cálculo um verdadeiro trabalho técnico, e

gislador *deformalizou* o processo liquidatório, determinando que a citação do réu (na liquidação por arbitramento e na liquidação por artigos) seria feita na pessoa de seu advogado. Não havia chegado o tempo, porém, de livrar-se o legislador do processo de liquidação: isso só aconteceria em 2005. Mas antes disso, haveria nova interferência legislativa.

14. Com efeito, entre as alterações trazidas pela Lei 10.444/2002, foram inseridos dois parágrafos no art. 604: o primeiro estabeleceu a possibilidade de o juiz, a requerimento do credor, requisitar dados em poder do devedor ou em poder de terceiro (se tais dados fossem necessários para a elaboração do cálculo); o segundo estabeleceu que o juiz, antes de citar o devedor, poderia determinar a remessa dos autos ao contador¹⁹ para aferir o cálculo apresentado pela parte. Cabem aqui duas notas sobre os parágrafos referidos.

15. Quanto ao primeiro parágrafo acrescido em 2002, cumpre observar que o método alvitado pelo legislador, embora não muito funcional, servia para *intimidar* o devedor resistente: se os dados em poder do devedor fossem fundamentais para que o credor pudesse elaborar seu cálculo, o juiz concederia até trinta dias para apresentação de tais elementos; se o prazo não fosse cumprido, dizia o parágrafo, reputar-se-iam corretos os cálculos apresentados pelo credor. A incongruência é intuitiva: se o credor necessitava de elementos para elaborar seus cálculos (datas, taxa de juros, benefícios pagos, encargos cobrados, débitos automáticos em conta, valor de saques etc.), não poderia ser considerada “boa” uma conta que não poderia ser apresentada!²⁰ Quanto ao terceiro em igual situação (ou seja, terceiro detentor de dados que, instado a fornecê-los, mantém-se inerte), o mesmo parágrafo referido determinava que o comportamento omissivo fosse considerado desobediência, o que acabaria se resumindo em aplicação de pena branda, via Juizados Especiais Criminais, sem que o problema processual (apresentação dos dados) fosse resolvido.²¹

não uma conta aritmética. Concluía então o autor: “Vale dizer: muitas vezes, o juiz está obrigado a determinar a elaboração do cálculo pelo contador quando a parte não tiver condições para isso; e, quase sempre, precisará do auxílio desse mesmo órgão para verificar ‘se em toda a sua extensão a pretensão do credor está apoiada no título que exhibe’, como sói acontecer, aliás, na execução de títulos extrajudiciais.”

¹⁹ Lembra Teori Albino Zavascki (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, v. 8, p. 326) que, mesmo antes da reforma de 2002, o Superior Tribunal de Justiça já admitia que cálculos complexos podiam ser elaborados pelo contador em processos que envolvessem beneficiário de assistência judiciária gratuita. O dispositivo legal introduzido em 2002 estaria confirmando tal possibilidade. Vou além: a norma em questão “ampliou” a possibilidade (que francamente não me parece em momento algum ter sido negada) de o juiz, em caso de dúvida quanto ao cálculo elaborado pela parte, recorrer ao contador, ainda que o processo não envolva hipossuficientes.

²⁰ Esta crítica não foi levada em consideração na reforma legislativa de 2005 (Lei 11.232): a norma foi repetida no § 2º do art. 475-B.

²¹ O legislador notou a inocuidade da solução que adotou em 2002. Na reforma de 2005, o § 2º, *in fine*, do art. 475-B passou a determinar que a omissão do terceiro configurará a situação prevista

16. O segundo parágrafo, embora útil, criava algum embaraço operacional. Segundo estipulado pelo legislador, esclarecia-se que o juiz poderia valer-se do contador para conferir o cálculo apresentado pelo credor. Se a conta revelasse alguma falha, o credor era convidado a manifestar-se; se concordasse com a retificação, a execução prosseguia normalmente, com a citação do devedor para pagar o valor retificado; caso contrário, mantendo o credor o valor constante na inicial, o devedor seria citado para pagar o valor pretendido pelo exequente, mas a penhora seria realizada apenas até o limite do valor tido pelo magistrado como correto. Na prática, o devedor era estimulado a interpor embargos à execução. Se não o fizesse, porém, impunha-se resolver o dilema: deveria ser feito automaticamente reforço de penhora ou poderia o juiz, de ofício, reduzir definitivamente o valor da execução? A segunda alternativa parece-me a mais adequada, e o juiz poderia reduzir o valor da execução, sendo possível ainda cogitar a utilização da via da “exceção de pré-executividade”. Trata-se, em síntese, de ausência de título executivo para dar suporte ao valor integral pleiteado pelo exequente, matéria de ordem pública que o juiz pode conhecer de ofício (ou mediante provocação por simples petição).

17. Somente em 2005, com o advento da Lei 11.232, o legislador conseguiu livrar-se da “ação” e do “processo” de liquidação. A partir da vigência dos novos arts. 475-A a 475-H, a liquidação de sentença passou a ser mero procedimento, cujo provimento final desafia recurso de agravo. Agora, sendo necessário liquidar sentença genérica, o interessado formulará simples requerimento, acerca do qual será intimado o advogado do adversário, sendo possível iniciar o procedimento mesmo na pendência de recurso.

VII – Mudanças no sistema recursal

18. Retomo a “linha do tempo” que pretendo rememorar e volto à última década do século passado para recordar que, em 13 de dezembro de 1994, o legislador lançou um pesado pacote de reformas que – esse sim – deu nova feição ao processo civil brasileiro.²²

19. A primeira das quatro leis reformadoras tocou os recursos: o sistema recursal brasileiro, mesmo depois da reorganização providencialmente instituída pelo Código de Processo Civil de 1973, ainda deixava muito a desejar, provocando seguidas e repetidas reclamações de todos os operadores do direito. O legisla-

no art. 362 (ou seja, será expedido mandado de busca e apreensão, inclusive com apoio de força policial, se necessário, tudo sem prejuízo da caracterização do crime de desobediência).

²² Sergio Bermudes, que lançou o primeiro livro sobre as reformas de dezembro de 1994 (*A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995), afirmou, com razão, nos esclarecimentos preliminares de sua obra: “De tal modo as Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953 transformaram o Código, que não será exagero falar na reforma dele. A leitura dessas leis, elaboradas com apuro técnico, revela o cuidado do legislador com a efetividade do processo.”

dor tentou, com a Lei 8.950/94, amenizar alguns dos problemas. As modificações inseridas foram, porém, muito tímidas. Entre os mecanismos de agilização, decretou o legislador o preparo imediato dos recursos (art. 511). A mudança – da forma como foi reeditado o *caput* do art. 511 – revelou-se pouco funcional, pois a parte que fazia preparo a menor (ainda que em valor pouco significativo) via seu recurso declarado deserto, sem possibilidade de complementar o valor das custas.²³ Dois anos se passaram antes que o legislador mitigasse o rigor da norma (§ 2º do art. 511, introduzido pela Lei 9.756/98). Na linha da instrumentalidade do processo, a Lei 8.950/94 introduziu ainda o parágrafo único no art. 518, permitindo que o juiz reexaminasse os pressupostos de admissibilidade do recurso depois de apresentada a resposta.

20. Os embargos de declaração sofreram, com a mesma Lei, alteração importante, seja no plano teórico, seja no plano prático. No plano teórico, o legislador decidiu-se pela natureza recursal do remédio (*já antecipo, desde logo, minha discordância com a escolha!*)²⁴ de modo que os arts. 464 e 465, que disciplinavam os embargos em primeira instância, foram revogados, prevalecendo regramento único, a partir do art. 535, com a unificação de prazos.²⁵ Cedendo a instâncias doutrinárias, o legislador acabou retirando, das hipóteses de embargos, a *dúvida*, que em verdade reflete o estado de espírito de quem se vê diante de omissão, contradição ou obscuridade. No plano prático, os embargos passaram a produzir efeito *interruptivo* em relação ao prazo para a interposição dos demais recursos. Curioso, porém, é que o legislador editaria no ano seguinte (1995) a Lei 9.099/95, regulando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em cujo art. 50 estipularia efeito *suspensivo* aos embargos de declaração, tudo a confundir os operadores, criando armadilhas desnecessárias no âmbito do processo civil.²⁶ Por fim, o legislador reforçou as penas contra a interposição reiterada de embargos com finalidade procrastinatória, permitindo a elevação da multa (de 1%) para até dez por cento. Neste ponto, a reforma mostraria um lado tragicômico: para garantir o conhecimento de recursos especiais e extraordinários, os advogados viam-se obrigados – por conta da exigência (por vezes neurótica) de preques-

²³ Clito Fornaciari Júnior (*A Reforma Processual Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 94) estava rigorosamente certo ao alertar os advogados quanto à questão do preparo: “*O recorrente, portanto, deve guardar enorme atenção com a questão do preparo, de vez que inexistente disciplina uniforme, havendo diversidade de tratamento em cada estado e até mesmo entre a regulamentação do assunto na justiça estadual e na federal.*”

²⁴ Os embargos não são recurso em sentido técnico. Com efeito, não há devolutividade nos embargos: havendo omissão, o órgão julgador decidirá matéria que ainda não havia decidido; havendo contradição ou obscuridade, o mesmo órgão apenas esclarece o que já decidiu, não sendo lícito decidir outra vez (os reparos à decisão, portanto, não revelam nova decisão, mas apenas esclarecem a decisão que já fora emanada).

²⁵ Antes da reforma, os embargos em primeira instância deveriam ser interpostos em 48 horas, enquanto os embargos contra acórdãos contavam com o prazo de cinco dias.

²⁶ A mesma *distração* mostrou o legislador ao manter, no art. 48 da Lei 9.099/95, os quatro casos de embargos de declaração (obscuridade, contradição, omissão ou *dúvida*).

tionamento – a embargar acórdãos dos tribunais locais; estes tribunais, com o objetivo de desestimular embargos procrastinatórios, multavam o embargante, o que provocou a intervenção do Superior Tribunal de Justiça que editou a Súmula 98, que declarava não serem procrastinatórios os embargos destinados a prequestionar a violação de dispositivo legal federal...

21. Quanto ao mais, a reforma do sistema recursal limitou-se a melhorar a disciplina dos recursos especial e extraordinário, deixando mais claros aspectos procedimentais e requisitos de admissibilidade do agravo contra despacho denegatório de tais recursos, findando o legislador por exigir que todo acórdão passasse a ter ementa (art. 563). Não passaria muito tempo para que o legislador voltasse a tratar do tema (*desta feita de forma um tanto atabalhoada!*),²⁷ tentando nova adaptação para um sistema recursal que parece ter sido concebido para não funcionar.

VIII – Consignação em pagamento e usucapião

22. O segundo diploma contido no fardo legislativo de dezembro de 1994 – Lei 8.951/94 – procurava revitalizar a consignação em pagamento e a ação de usucapião.

23. Quanto à consignatória, além de instituir um método extrajudicial de consignação em pagamento, o legislador estabeleceu critério útil de *duplicidade da ação*, de modo que, julgado improcedente o pedido, por insuficiência do depósito, a sentença deveria *determinar* (declarar, portanto) o montante devido pelo autor, servindo de *título executivo* ao réu (o credor), que poderia promover a execução nos mesmos autos.²⁸ Se a consignação extrajudicial não chegou a empolgar os operadores, é certo que a renovação do procedimento, dando eficácia executiva à sentença que encontre saldo favorável ao credor (o réu), foi novidade bem recebida pela comunidade jurídica,²⁹ de modo que houve ganho expressivo com as modificações legais: de um lado, incentivou-se (ainda que com sucesso restrito) a idéia de solução extrajudicial de conflitos ou, mais que isso, a participação de entidades – bancos – não pertencentes à estrutura do Poder Judiciário na administração da justiça; de outro, simplificou-se e ativou-se procedimento modorrento que estava calcado em audiência desnecessária e que terminava, do ponto de vista do réu, com a frustrante necessidade de, vitorioso, promover demanda de cobrança em face do autor para reaver seu crédito, eis que o autor derrotado estava autorizado a levantar a coisa (normalmente o dinheiro) depositada.

²⁷ Refiro-me à reforma de 1998, introduzida pela Lei 9.756, de 17 de dezembro, de que tratarei em capítulo próprio.

²⁸ Teria o legislador, sem saber, semeado o gérmen do art. 475-N, I, que floresceu tantos anos depois (Lei 11.232/05)?

²⁹ A exeqüibilidade da sentença que declara a diferença a ser entregue pelo autor é apontada por Antonio Carlos Marcato (*Ação de Consignação em Pagamento*, Ed. Malheiros, São Paulo, 5. ed., 1996, p. 97).

24. No que diz respeito ao procedimento da ação de usucapião (de terras particulares), o legislador procurou remediar as deficiências que emperravam as demandas que giravam em torno da prescrição aquisitiva. Assim, eliminou a obrigatoriedade da justificação liminar da posse (audiência tida pela doutrina como inútil).³⁰ Foi extirpada também do texto legal a enigmática referência a réus ausentes, incertos e desconhecidos (art. 942), adaptando-se o artigo subsequente (art. 943, que fazia correr o prazo para a apresentação da contestação a partir da intimação da decisão que declarasse justificada a posse), que recebeu, por outro lado, redação mais técnica no que diz respeito à comunicação dos atos processuais à Fazenda Pública (ficou claro, a partir da reforma, que a Fazenda seria *intimada* – e não *cientificada* – da demanda, o que ocorreria *por via postal* e não por carta, como constava).

IX – Alterações profundas no processo de conhecimento: antecipação de tutela, litigância de má-fé, conciliação, reconsideração da sentença de indeferimento liminar, cumprimento das decisões relativas às obrigações de fazer e não fazer

25. A terceira lei de 13 de dezembro de 1994 – Lei 8.952 – foi, sem dúvida alguma, a mais importante de toda a reforma. Por meio dela, o legislador alterou diversas regras do processo de conhecimento, introduziu a tutela antecipada como mecanismo ordinário no Livro I do Código, reforçou as regras de conciliação, disciplinou atos processuais e alterou normas do processo cautelar.

26. Com efeito, o legislador fez uma ampla investida no processo de conhecimento, dando-lhe uma feição mais moderna, orientada pelo princípio da instrumentalidade. Para isso, dotou o juiz de maiores poderes, como dá exemplo a nova redação do art. 18, que permitiu ao juiz desde logo fixar a verba indenizatória decorrente da litigância de má-fé em até 20% do valor da causa, dispensando-se a liquidação do valor (que funcionava como verdadeiro fator de desestímulo para a aplicação da penalidade para o abuso do direito de demandar). Passada mais de uma década, porém, percebe-se que os magistrados acabaram sendo bastante parcimoniosos no reconhecimento do dolo processual, não sendo tão freqüente

³⁰ Cândido Rangel Dinamarco (*A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Malheiros, São Paulo, 3. ed., 1996, p. 261) tachou de estranha e inútil a justificação de posse (que a reforma extirpou); Ovídio A. Baptista da Silva, por sua vez, fez notar (*Procedimentos Especiais*, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 2. ed., p. 376) que a justificação de posse (instrução probatória liminar) consubstanciava apenas um elemento complicador do procedimento (se o juiz entendesse justificada a posse, tal decisão não o vincularia no sentido de obrigá-lo a sentenciar favoravelmente ao autor; se entendesse não justificada a posse, o autor poderia repropor a demanda, sem ofensa à coisa julgada). Antonio Carlos Marcato (*Procedimentos Especiais*, Ed. Atlas, São Paulo, 10. ed., 2004, p. 194) apontou que a exigência de justificação prévia da posse em audiência representava a razão determinante da especialidade do procedimento.

como se esperava a punição daqueles que abusam do direito de provocar a tutela jurisdicional.³¹

27. Na mesma linha, podem ser mencionados o art. 125, IV (que incentivou a tentativa de conciliação³² patrocinada pelo magistrado) e o art. 331, que instituiu a audiência de conciliação (e, mais que isso, preconizou prudente organização processual, ao determinar que, ausente a conciliação, o juiz fixasse os pontos controvertidos, decidisse as questões pendentes e deliberasse sobre as provas que deveriam ser produzidas).

28. Quanto a esses dois dispositivos – os arts. 125, IV, e 331 – cumpre observar que o legislador foi otimista demais em relação a eles. O que se observou ao longo do tempo foi, em verdade, frustrante: poucas foram as audiências designadas pelos juízes, espontaneamente (*ex art. 125, IV*), para tentar a conciliação e pouca foi a vontade dos juízes, na audiência de conciliação (obrigatória, segundo a redação então imposta ao art. 331)³³ de conseguir a efetiva harmonização dos interesses das partes. Tudo pareceu conspirar contra o estímulo dos poderes conciliatórios do juiz: de um lado, os advogados não vinham preparados para conciliar; de outro, parecia não haver tempo hábil para que o magistrado lesse os autos, capacitando-se para sugerir fórmulas úteis e viáveis para a conciliação. Percebeu-se, em suma, uma falta incrível de habilitação dos magistrados e dos advogados no que diz respeito às técnicas de conciliação. Enfim, tudo colaborou para que a obrigatoriedade da audiência de conciliação tivesse vida curta, pois a Lei 10.444, de 2002, logo transformou tal *obrigação* numa mera *faculdade*, com

³¹ E já é tempo de os magistrados começarem a empregar o art. 18 com maior vigor. Se os juízes começarem a aplicar a regra, certamente serão evitados abusos, como o que começa a ocorrer com a seguida tentativa daqueles que levam suas causas ao julgamento de árbitros e, depois, vencidos, tentam inventar os motivos mais variados para promover demanda anulatória das sentenças que lhe foram adversas. Note-se bem: não estou afirmando que toda a demanda anulatória de laudo arbitral julgada improcedente deva comportar a aplicação de penalidade ao autor; estou dizendo apenas que, nos casos em que ficar patente o espírito emulativo do pleito do demandante, deve o juiz agir com rigor, pois só assim a preocupação do legislador com a moralização do processo produzirá efeitos.

³² No texto, o termo *conciliação* é empregado de forma ampla, englobando também a mediação. Em boa técnica, *conciliação* é mecanismo autocompositivo que conta com a intervenção de terceiro para sugerir solução para o litígio, enquanto *mediação* é método de resolução de controvérsias em que o terceiro funciona como facilitador do contato entre as partes. Na conciliação, o terceiro (que sugere a forma de solucionar o litígio) é uma verdadeira “usina de idéias”; na mediação, não se espera que o terceiro sugira nada, mas apenas que ajude as partes a se comunicarem de forma útil, harmonizando os interesses dos litigantes.

³³ A obrigatoriedade da audiência preliminar era a pedra de toque do sistema idealizado pelo legislador de 1994. Cândido R. Dinamarco mostrou que a ausência do ato (audiência preliminar) resultaria em nulidade do processo: “*Trata-se de nulidade absoluta, porque se resolve na violação de norma destinada ao bom e correto exercício da jurisdição, função estatal. Permitir sua violação seria afrouxar a imperatividade das leis de ordem pública e, especificamente, frustrar os desígnios modernizadores de que é portadora a legislação reformista*” (*A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1996, p. 126-127).

a inserção do § 3º no art. 331, que acabava autorizando os juízes – se evidenciassem ser improvável a obtenção da conciliação – a sanear o feito desde logo, ordenando a produção das provas.

29. A alteração do art. 331 em 2002 perturbou muitos processualistas (incluo-me no rol dos incomodados), pois o legislador não deu tempo aos operadores de criar a *cultura da conciliação*, que a audiência preliminar tendia a estimular. Por isso mesmo, novo esforço foi lançado para alterar (*mais uma vez!*) o art. 331: o projeto de Lei de Mediação³⁴ retoma a questão e pretende ampliar o leque de possibilidades de que disporá o *juiz proativo* no trato da conciliação. Se aprovado o novo diploma, o art. 331 voltará a encampar a fórmula que obriga os juízes a tentarem a conciliação antes de levar adiante o processo. É preciso combater a falsa impressão de que a conciliação, por ser método autocompositivo que depende da vontade dos contendentes, não comportaria obrigatoriedade alguma. Em verdade, uma coisa é impor a tentativa, o método, a cultura; outra, bem diferente, é impor o resultado. Assim, o objetivo do projeto de lei referido (que coincide com o objetivo da Lei 8.952, revogada neste ponto específico) é provocar a tentativa, é instaurar o procedimento, é estimular o contato entre os litigantes. Em outros termos, o que se queria em 1994 – e o que se quer hoje – é a formação da cultura da conciliação, o que só será obtido se os juízes forem instados a praticar, diuturnamente, o proveitoso diálogo com as partes e seus advogados, tudo isso sem prejuízo do desejável desenvolvimento de outros mecanismos de conciliação endoprocessuais, extraprocessuais e paraprocessuais.³⁵

30. O ponto alto da Lei 8.952/94, de todo modo, foi a modificação do art. 273, que *ordinarizou* a antecipação dos efeitos da tutela, provocando verdadeiros rios de tinta para tentar precisar o que, exatamente, havia sido modificado no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira polêmica ficou por conta da diferença – que muitos queriam absoluta – entre antecipação de tutela e tutela cautelar, quando teria sido mais fácil reconhecer que a tutela de urgência, como gênero, abarcaria as duas espécies que, em muitas hipóteses, seriam fungíveis. A diferença procurada pelos preciosistas produziu resultado deletério: alguns magistrados, seduzidos pelas filigranas, chegaram ao cúmulo de negar a tutela de urgência por entender que o autor formulara pedido incompatível com a situação fática demonstrada (o demandante pedia antecipação de tutela quando deveria ter pleiteado medida cautelar ou vice-versa). Esta visão ortodoxa e inaceitável provocou nova intervenção do legislador em 2002 (Lei 10.444) para acrescentar o § 7º ao

³⁴ Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 94 de 2002 (institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos). O art. 43 do projeto de Lei de Mediação propõe a alteração do art. 331.

³⁵ Concorro integralmente com Petrônio Calmon (*Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 317 ss) quanto à necessidade de formular uma “*política nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição*”. Iniciativas isoladas, é verdade, são sempre bem-vindas, mas não resolverão o problema gerado pela ausência de planejamento e coordenação relativamente aos meios alternativos (*rectius*, adequados) de solução de controvérsias.

art. 273, avisando o óbvio, ou seja, que as tutelas de urgência (antecipação de tutela e cautelar) são fungíveis.

31. Mas a edição do art. 273 teve outra consequência importante: pôs à mostra toda a ineficácia do sistema executivo predisposto no Código de Processo Civil. De fato, o legislador acabou evidenciando que, com cognição ainda incompleta e precária, o autor obtinha mais (e com maior velocidade) do que poderia receber com um título executivo! Esta sensação plantaria a semente da *desestruturação da execução*, que iria gerar completa revisão da forma de fazer cumprir as sentenças condenatórias no Brasil.

32. Outra modificação que – por conta da *transgressão* que provocou no sistema – é digna de nota diz respeito ao art. 296, que passou a permitir ao juiz que reconsiderasse a sentença de indeferimento da petição inicial. Convém anotar o que consta deste dispositivo, proveniente de uma escolha de 1994, para comparar o resultado de iniciativa semelhante, implantada em 2006 (art. 285-A, Lei 11.277): lá, em 1994, o legislador permitiu ao juiz, mediante apelo do autor, a *reconsideração* da sentença e, se isso não acontecesse, determinou a imediata remessa dos autos ao tribunal, sem que se instaurasse o contraditório; aqui, em 2006, o legislador também permitiu a *reconsideração* da sentença do juiz que, por conta de decisões reiteradas, desde logo julgasse improcedente o pedido do autor, mas determinou que, não havendo reconsideração, fosse o réu citado para acompanhar o recurso. O debate que se instalou refere-se aos efeitos, para o réu, de eventual decisão de instância superior que revogue a sentença de indeferimento proferida em primeiro grau. Que efeito teria, sobre o réu ainda não citado, decisão tomada pelo tribunal que, sem ouvir o demandado, entende errada a decisão do juiz de instância inferior que encontrara algum motivo para indeferir a petição inicial? A maior parte da doutrina afirma, com apego à Constituição da República (defendendo, portanto, o princípio do contraditório), que tal decisão superior não vincula em medida alguma o réu que, em sua contestação, poderá reiterar a questão decidida pelo tribunal, sem que se lhe possa opor preclusão (não vale para ele, neste caso, o freio imposto pelo art. 473 que impede a rediscussão de questões já decididas).³⁶ Os opositores de tal sistema tacharam-no de lento e irra-

³⁶ Nelton dos Santos, em síntese feliz, afirma ter o juiz de primeiro grau, depois da apresentação da contestação, a possibilidade de acolher a alegação do réu, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, tudo isso sem que se possa falar em descumprimento do acórdão: “*Em primeiro lugar, porque de nada adiantaria assegurar ao réu o direito de argüir a questão se não se permitisse ao juiz acolhê-la. Em segundo lugar, porque a reforma da sentença, pelo tribunal, dá-se em razão de um juízo sumário e provisório e, portanto, não exauriente e tampouco definitivo*” (*Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, Ed. Atlas, São Paulo, 2005, p. 967). Esta mesma posição foi sustentada por Sérgio Bermudes (*A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 53), por Nelson Nery Junior (*Atualidades sobre o Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 103) e por Antônio Cláudio da Costa Machado (*A Reforma do Processo Civil Interpretada*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 26), entre tantos outros.

cional:³⁷ se o réu pode discutir novamente a questão decidida pelo tribunal, não teria sido melhor desde logo mandar citá-lo para acompanhar o recurso, como se fazia antes da reforma (e como fez o art. 285-A)? Ao legislador de 1994 pareceu que não, e baseou sua escolha legislativa na *probabilidade* de estar certa a decisão do juiz de primeiro grau: a bem pensar, o sistema será bom e será econômico se o tribunal confirmar a decisão de primeiro grau, pois a apelação será processada de forma mais rápida e com menor dispêndio de meios e esforços para o réu, que não precisará sequer contratar advogado para acompanhar o apelo. Esta técnica “otimista” foi empregada pelo legislador em outras paragens, quando tratou da monitória e da consignação em pagamento extrajudicial. A técnica – ao contrário do que entendem alguns – não pode ser criticada, a não ser depois de completa análise (ainda não disponível) da quantidade de sentenças de indeferimento liminar da petição inicial confirmadas (ou modificadas) em instância recursal. Se efetivamente os tribunais confirmarem em percentual elevado as decisões indeferitórias de primeiro grau, o otimismo do legislador terá encontrado justificativa na prática forense e sua iniciativa deve ser louvada; se, ao contrário, for alto o número de sentenças reformadas em segundo grau, terá sido demonstrado erro tático a ser oportunamente corrigido.

33. Mas a alteração do art. 296 – polêmicas à parte – não resolveu de forma totalmente satisfatória a angústia do autor que vê, erroneamente, indeferida sua inicial. E isto porque, sendo obrigado a apelar para ver *reconsiderada* pelo próprio juiz sua sentença, deverá o autor preparar o recurso, sob pena de não ser ele conhecido. Assim, o engano do magistrado poderá custar caro ao demandante, especialmente, no âmbito das justiças estaduais, naquelas unidades da federação onde as custas processuais estão atingindo níveis alarmantemente altos, como ocorre em São Paulo, onde o valor a recolher a título de preparo para “reparar o engano” do magistrado está orçado em 2% do valor da causa (o valor do preparo está limitado, hoje, a cerca de R\$ 40.000,00). Diante deste custo, por vezes proibitivo, certamente optará o autor pela oposição de embargos de declaração, sob a alegação de omissão ou contradição.³⁸

34. A Lei 8.952/94 foi também responsável pela introdução em nosso sistema do embrião da *desestruturação do processo de execução*. De fato, o art. 461

³⁷ J. J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1998, v. III, p. 171. De modo menos contundente, Joel Dias Figueira Jr., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, t. II, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 209-214.

³⁸ Desnecessário dizer que a hipótese de errôneo indeferimento da inicial dificilmente seria enquadrável nas categorias que o legislador escolheu para admitir o remédio de embargos: erro não se corrige com embargos de declaração, mas sim com apelação. Entretanto, não é difícil encontrar certa leniência dos julgadores quando são colocados diante de erros crassos, especialmente porque sabem quanto pode custar ao autor o equívoco em que incorreram, de modo que os embargos acabam sendo – ainda – o meio mais eficaz de resolver a questão. Melhor seria – *de lege ferenda* – que o legislador admitisse, nestes casos, que o preparo fosse diferido, realizando-se apenas depois de o juiz decidir que não reformaria sua decisão.

criou novos poderes para que o juiz, nas sentenças condenatórias de obrigação de fazer ou não fazer, pudesse conceder tutela específica da obrigação, impondo, para fazer cumprir o provimento (tanto antecipatório de tutela como sentença), medidas de apoio (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial, entre outras não especificadas pela Lei que ficavam a critério do juiz). A importância do dispositivo reside no fato de instaurar-se um sistema que dispensava a execução formal do julgado, na medida em que o juiz efetivamente estivesse comprometido com um processo de resultados. Embora não houvesse dispositivo legal que dissesse que a partir da implantação do art. 461 não existiria mais execução formal de obrigação de fazer ou não fazer calcada em título executivo judicial (esta determinação só viria a constar do Código anos depois, com a inserção do art. 475-I, Lei 11.232/2005), na prática era já possível antever que desapareceria tal espécie de execução. Com efeito, os operadores rapidamente se acostumaram a contar com o apoio do magistrado na edição de medidas criativas e eficazes para incentivar a implementação das decisões, de modo que se tornava paulatinamente doloroso para o vencido resistir ao cumprimento da determinação judicial (no plano das obrigações de fazer e não fazer). Para além disso, o legislador trouxe também a idéia do resultado prático equivalente, ou seja, de medida editada pelo juiz que, embora não conseguisse estimular o devedor a cumprir exatamente a obrigação exigida pelo credor, concedia a este último, pelo processo – e por vias transversas – o mesmo resultado prático desejado. Tornou-se exemplo de escola, assim, a hipótese de condenação do réu a instalar um filtro antipolvente em prazo prefixado, sob pena de determinar o juiz o fechamento da fábrica ou da indústria.³⁹ É claro, porém, que os problemas foram se sofisticando, e a doutrina começou a tatear na busca de critérios razoáveis para a limitação dos poderes do magistrado. Em poucas palavras, trata-se de saber até que ponto pode o juiz conceder *resultados práticos equivalentes* sem arranhar a garantia do art. 460 (princípio da congruência).⁴⁰

³⁹ Veja-se também o exemplo dado por Cândido R. Dinamarco, em que o juiz, depois de perceber que a ré – que provocava barulho insuportável para os vizinhos – não cumpria a determinação constante da sentença, mandou retirar o aparelho de som do local e, não sendo isso suficiente (a ré providenciou novos amplificadores), mandou fechar o estabelecimento, impedindo o exercício da atividade da requerida renitente (*A Reforma da Reforma*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 228).

⁴⁰ Pense-se na seguinte situação: uma empresa pleiteia a condenação do estabelecimento vendedor de um sofisticado computador a repará-lo, eis que havia problema que impedia o normal funcionamento da máquina. Depois da perícia, constata-se que o defeito não poderia ser reparado, o que aconselharia a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos. Seria possível condenar o réu a entregar ao autor um outro equipamento em perfeitas condições com base na dicção do parágrafo primeiro do art. 461 (“a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”)? Confesso que não consigo sustentar a resposta afirmativa a tal questão: permitir ao juiz a troca do objeto da demanda (alteração do bem da vida objetivado pelo autor) significaria afrontar o art. 460 (e, com ele, o princípio da ação), de modo que, no exemplo em questão, a solução seria mesmo conversão em perdas e danos.

X – Modificações aportadas ao processo de execução

35. O processo de execução também foi alvo das tentativas de agilização desencadeadas pelo legislador. A Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994 – que fechou o ciclo das grandes reformas operadas naquele ano – levou a cabo algumas poucas modificações que produziram resultados pífios, exigindo, mais de dez anos depois, nova intervenção legislativa.

36. A primeira delas tocou o artigo 569, deixando claro que o credor poderia desistir da execução, no todo ou em parte, mesmo que os embargos de devedor tivessem sido manejados. Permitiu o dispositivo que o executado-embargante pudesse prosseguir em sua demanda – sem prejuízo da desistência da execução – se tais embargos tivessem sido opostos para tratar de matéria de fundo, que afetasse o próprio título. Aproveitou o legislador para fazer alguns *acréscimos* (o art. 584, III, recebeu uma parte final, permitindo ao magistrado homologar acordos que não versassem sobre questão posta em juízo; o rol dos títulos executivos extrajudiciais foi ampliado; o exeqüente foi obrigado a apresentar demonstrativo de débito nas execuções por quantia) e também para fazer algumas *modificações* no procedimento da execução por quantia certa contra devedor solvente e na execução das obrigações de fazer e não fazer (as *astreintes* dos arts. 644 e 645, por exemplo, não dependeriam mais de pedido do credor, o que praticamente esvaziava as antigas ações cominatórias). Do mesmo modo, tentou o legislador alguma alteração nos embargos à execução (introduziu os embargos parciais) e substituiu a “pena de silêncio” que até então constava do art. 601 (cuja constitucionalidade era mais que duvidosa)⁴¹ pela aplicação de multa. Estas modificações, que pareceram alvissareiras à época de sua edição, em realidade tiveram pouco reflexo no funcionamento mais adequado do processo de execução, que estava a exigir (já àquela época) intervenção mais forte do legislador.

37. Duas das alterações referidas – aumento do rol dos títulos executivos extrajudiciais e introdução dos embargos parciais – não surtiram o efeito desejado. Temo que a modificação operada no art. 585 não tenha sido uma boa idéia: refiro-me pontualmente à alteração do inciso II do artigo citado, que determinou que *qualquer* obrigação (fazer, não fazer, entregar coisa fungível ou infungível e pagar quantia) pudesse ser objeto do instrumento particular assinado por duas testemunhas ou do documento público referido no dispositivo em questão. Explico: uma execução funcional passa pela necessidade de reforçar a certeza, exigibilidade e liquidez do crédito exeqüendo, atributos que devem ser refletidos nos títulos executivos selecionados pelo legislador.⁴² Na medida em que são

⁴¹ Ada Pellegrini Grinover já havia notado, em 1975 (*Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, José Bushatsky Editor, São Paulo), que o disposto no art. 601 violava tanto o princípio constitucional da igualdade das partes quanto o princípio do contraditório (p. 120-121).

⁴² Reporto-me neste ponto ao que escrevi quando comentei o art. 585 (*Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, Ed. Atlas, São Paulo, 2005, p. 1776-1795).

ampliados os títulos, estas características ficam mais e mais esmaecidas. É o que aconteceu em 1994. O legislador, objetivando implantar mecanismos de aceleração, optou pela ampliação do rol dos títulos (seja acrescentando as debêntures no inc. I do art. 585, seja ampliando as hipóteses do inc. II do mesmo dispositivo legal). O resultado fez-se sentir em pouco tempo: o Superior Tribunal de Justiça, modificando entendimento anterior, passou a aceitar como título executivo extrajudicial o documento (particular assinado por duas testemunhas, ou público) que representasse obrigações *bilaterais* (ou seja, descartou o requisito da certeza do crédito representado pelo título executivo). As exceções de pré-executividade, naturalmente, tiveram a partir de então importante florescimento, tudo a desfavor do normal desenvolvimento do processo de execução. Embora não haja análise cientificamente válida do fenômeno (à mingua, inclusive, de estatísticas sobre o tema), parece-me que está ocorrendo situação curiosa: como os títulos executivos extrajudiciais mostram-se cada vez menos seguros (e não refletem com precisão os atributos de certeza, exigibilidade e liquidez do crédito que representam), os juízes sentem-se cada vez mais tentados a aceitar manifestações “avulsas” dos devedores; alguns magistrados têm criado estranhos procedimentos para as exceções de pré-executividade, uns suspendendo a execução, outros mandando processar tais peças como embargos (sem garantia do juízo), tudo com desvios inaceitáveis do devido processo legal. Reitero, portanto, que a rota adequada para o enquadramento dos títulos executivos extrajudiciais não é o aumento de seu número, mas sim a sua diminuição. A comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual nomeada em 2003 para estudar o tema mostrou claramente que há notório dissenso entre os doutrinadores sobre a questão, de modo que não parece haver, a curto prazo, qualquer esperança de modificação da matéria,⁴³ sendo certo que o legislador passou ao largo deste ponto crítico quando editou a recente Lei 11.382/2006, que introduziu alterações na execução dos títulos executivos extrajudiciais.

38. Quanto aos embargos parciais, a modificação introduzida pelo legislador foi substancialmente inócua. É intuitivo que o embargante, representado por advogado minimamente criativo,⁴⁴ procurará um motivo de ordem processual

⁴³ A comissão em questão teve uma única reunião, presidida por Cândido Rangel Dinamarco. Lembro-me de que, na ocasião, cada um dos seus membros revelou uma visão diferente acerca da questão crucial da diminuição do número de títulos (minha proposta, no sentido de reduzir drasticamente o extenso rol do art. 585, não empolgou os membros da comissão; na mesma reunião, houve quem propusesse um aumento dos títulos, sob a afirmação de que haveria assim um ganho em termos de celeridade processual). A comissão foi dissolvida, sem que os estudiosos que dela participaram chegassem a algum consenso.

⁴⁴ É bom desde logo desmistificar a idéia de que os advogados possam ser responsáveis pelo fracasso de alguma das novidades implantadas pelo legislador. Ninguém se engane: o advogado tem compromisso com o interesse de seu cliente, a quem deve defender dentro dos limites da lei e da ética. Ai do profissional que se esquecer disso!

(nulidade da execução, penhora incorreta) que bloqueará *todo* o processo executivo, ainda que, em relação à matéria de fundo, os embargos cinjam-se a discutir apenas parte do débito, de modo que a demanda do devedor seria recebida com o efeito suspensivo que a Lei Processual tinha como automático e obrigatório até o advento das recentes reformas de 2005 (Lei 11.232) e 2006 (Lei 11.382) que serão tratadas mais adiante.

XI – Ação monitória

39. O passo seguinte da reforma legislativa foi dado em 1995, com a tentativa de implantar no Brasil o procedimento monitório (Lei 9.079, de 14 de julho de 1995). A iniciativa foi saudada por muitos como uma excelente vertente aceleratória,⁴⁵ na esteira de tantas outras diligências do legislador. Mas em pouco tempo o processo monitório iria revelar falhas que impediram seu pleno desenvolvimento em nosso país.

40. Trata-se, sabem todos, de procedimento especial que objetiva, com celeridade, propiciar a formação de título executivo ao autor que apresente documentos idôneos, permitindo-lhe prosseguir (sem instauração de novo processo) com a execução calcada em tais documentos. O mecanismo funciona muito bem, é claro, desde que o réu não oponha embargos (que suspenderão a eficácia do mandado de pagamento ou de entrega); opostos, porém, os malfadados embargos, suspende-se a monitória e instaura-se longa fase de cognição, frustrando-se a intenção aceleratória do legislador. A grande falha do procedimento, ao que parece, é mesmo o efeito suspensivo que se deu ao recurso interposto pelo réu contra a sentença que rejeitar dos embargos.⁴⁶ Sabendo-se que nos Estados de maior movimento forense os recursos costumam a ser julgados, é intuitivo que a monitória embargada terá o mesmo destino triste de todos os outros processos de cognição, de modo que a execução tardará muito a ser iniciada (provavelmente tanto quanto o cumprimento da sentença condenatória oriunda de processo de conhecimento de rito comum). Isso não bastasse, depois de rejeitados os embargos à monitória e superados os recursos do embargante, enfrentará o vencedor

⁴⁵ Referindo-se aos três motivos que Proto Pisani aponta para justificar a busca de técnicas que operem à diminuição da duração do processo, José Rogério Cruz e Tucci (*Ação Monitória*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 3. ed., 2001, p. 20-29) destaca a contribuição conferida pelo procedimento monitório. No mesmo sentido, com apontamento da necessidade de técnicas para a prestação da efetiva tutela jurisdicional, Antonio Carlos Marcato (*O Processo Monitório Brasileiro*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 27-31).

⁴⁶ A melhor doutrina bem que tentou mostrar que os embargos à monitória suspenderiam a eficácia do mandado de pagamento ou de entrega enquanto pendessem em primeiro grau; proferida sentença de improcedência, porém, estaria liberada a execução, ainda que houvesse recurso do embargante (confira-se a lição de Cândido R. Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 241-242, bem como artigo sucinto, mas incisivo, de Vicente Greco Filho, “Considerações sobre a ação monitória”, in *Revista de Processo*, 80/153).

eventuais embargos à execução (impugnação, na nova linguagem do Código), nos limites das matérias relacionadas pelo antigo art. 741 (hoje 475-L):⁴⁷ está completa a vitória de Pirro!

41. A resistência obstinada da doutrina em estabelecer interpretação utilitária para o texto implantado em 1995 e a jurisprudência rígida que se formou em torno da interpretação do texto legal que enxertou a monitória em nosso ordenamento processual lamentavelmente sufocaram uma excelente iniciativa do legislador. A teimosia de reportarem-se muitos estudiosos (e a maior parte dos julgadores) a conceitos velhos e estruturas estratificadas foi a causa da *débâcle* da monitória. Mas não é só isso: a grande quantidade de títulos executivos extrajudiciais deixou pouco espaço para a utilização do procedimento especial, propício para resolver a questão da falta de certeza que afeta muitos dos documentos (ou créditos documentados) arrolados no art. 585. Se o legislador quiser mesmo fazer funcionar a monitória, há de tomar duas providências: primeiro, retirar o efeito suspensivo da apelação contra a sentença de improcedência dos embargos (embargos que serão os únicos de todo o procedimento sincrético da monitória, bem entendido!); segundo, reduzir drasticamente o elenco dos títulos executivos extrajudiciais que perambulam pelo nosso sistema jurídico processual.

XII – A odisséia do recurso de agravo

42. Talvez a maior frustração do legislador em seu movimento reformador recaia sobre o recurso de agravo: em 1995, sob a forte impressão de que o agravo (de instrumento) – somado aos mandados de segurança impetrados pelos recorrentes para dar efeito suspensivo àquele recurso – era uma das principais causas de retardamento do processo,⁴⁸ foi editada a Lei 9.139, que modificava radicalmente a disciplina daquele recurso interlocutório no país. Objetivava-se então imprimir maior celeridade ao agravo (o que se traduziria em maior rapidez para o processo como um todo): pareceu ao legislador de então que havia abuso no manejo do recurso de agravo (especificamente do agravo de instrumento), utilizado pelos advogados sem economia, o que sobrecarregava o sistema recur-

⁴⁷ Mais uma vez cumpre citar a lição de Cândido R. Dinamarco que, enfaticamente, recusa-se a admitir embargos à execução na monitória, mostrando que a tutela diferenciada garantida pela ação monitória, verdadeiro processo sincrético, determina que as defesas da requerida devem ser discutidas todas elas nos únicos embargos admissíveis, quais sejam, os embargos à monitória (A Reforma do Código de Processo Civil, op. cit., p. 248).

⁴⁸ “A justificativa ao projeto de lei que resultou no texto atual” – lembra José Eduardo Carreira Alvim (Agravos, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 43) – “tece críticas exatamente à morosidade que, então governava esse rito recursal. Realmente, este foi um dos grandes objetivos da reforma: imprimir maior celeridade ao agravo, com o que se assegura maior rapidez também ao processo principal”. E prossegue: “Como o procedimento anterior emperrava o andamento do feito, as partes agravavam a torto e a direito, com intuito meramente protelatório, com injustificáveis paralisações da causa, procrastinando o seu desfecho. Este o outro objetivo da reforma: evitar a utilização dos recursos, notadamente os agravos, com fins protelatórios.”

sal em segunda instância, especialmente porque os recursos vinham escudados, com muita frequência, em mandados de segurança que pleiteavam a suspensão dos efeitos da decisão atacada, sendo certo que o efeito suspensivo era de todo excepcional em sede deste recurso interlocutório.⁴⁹

43. O legislador fundiu, então, elementos procedimentais do mandado de segurança e do antigo recurso de agravo, criando um rito totalmente novo: o recurso deveria ser dirigido ao próprio tribunal, cabendo à parte recorrente copiar, por sua própria conta e risco, as peças que a Lei considerava obrigatórias para conferir a adequação procedimental, bem como das peças necessárias e úteis para a compreensão das razões do recorrente. O relator poderia – diante da robustez das alegações do recorrente e se houvesse perigo na demora – desde logo antecipar tutela em sede recursal (conceder efeito suspensivo da decisão), de modo que a partir da reforma o que era *excepcional* (possibilidade de concessão de efeito suspensivo para o agravo) passou a ser *regra ordinária*. As conseqüências deletérias decorrentes desta escolha legislativa, porém, não tardaram a se revelar. Para além disso, fixou-se prazo ampliado de dez dias para agravar (antes da reforma o prazo era de apenas cinco dias), determinando a lei renovada que o agravante comunicasse o juízo prolator da decisão recorrida acerca do agravo no prazo de três dias.

44. Se o objetivo do legislador foi o de desestimular o agravo de instrumento, a reforma resultou num enorme fracasso: com o atrativo do efeito suspensivo, os advogados evidentemente se sentiram animados a levar suas queixas aos tribunais.⁵⁰ Em poucos meses, as cortes locais estavam repletas de agravos, cujo julgamento ocupava parcela substancial das sessões. A retaliação dos tribunais não demorou: a falta de cópias reprográficas das peças obrigatórias não era perdoada, resultando no não-conhecimento do agravo; a comunicação no tríduo (art. 526) foi tida por muitos como obrigatória, sob pena de não-conhecimento do recurso (algum tempo depois, o legislador acabou optando por essa interpretação radical, acrescentando em 2001 um parágrafo único ao art. 526); alguns quiseram que todas as peças trasladadas para formar o instrumento de agravo fossem autenticadas; outros quiseram que a juntada da certidão de publicação da decisão agravada constasse dos autos mesmo que o recurso tivesse sido interposto antes de decorrido o prazo decendiário da prolação da decisão atacada;

⁴⁹ O art. 558 permitia ao relator do recurso que suspendesse a execução da medida até o pronunciamento da turma ou câmara julgadora nos seguintes casos: prisão de depositário infiel, adjudicação, remissão de bens e levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea. Eram casos taxativos. A Lei 9.139/94 acrescentou a este rol expressão que instituiu certa *discricionabilidade judicial* na apreciação dos casos que comportariam suspensão de cumprimento da decisão guerreada (“outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação”).

⁵⁰ Não poderia ser diferente: nenhum advogado minimamente diligente deixaria de tentar, em prol de seu cliente, o desfazimento, a reforma ou pelo menos a suspensão (ainda que temporária) de decisão interlocutória desfavorável, desde que os argumentos disponíveis fossem razoáveis, tudo nos limites da lei e da ética.

chegou-se até ao cúmulo de exigir que o agravante, depois de comunicar o juízo de primeiro grau acerca da interposição do agravo (art. 526), comprovasse tal comunicação, apresentando ao tribunal cópia da petição protocolada na instância inferior. Enfim, estava declarada a guerra contra o agravo, cuja disciplina efetivamente não encantou os membros dos tribunais locais, em especial no âmbito das Justiças Estaduais.

45. O Superior Tribunal de Justiça ficou imune aos problemas que a nova disciplina do agravo provocou: o agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso especial, conforme entendeu o próprio Tribunal na Resolução nº 1, não deveria ser processado segundo os ditames da nova lei, mas sim perante o tribunal local.⁵¹ O Supremo Tribunal Federal também não sofreu as vicissitudes do agravo de instrumento e continuou a processar os agravos de instrumento contra despachos denegatórios de recursos extraordinários como até então vinha fazendo.

46. O agravo retido também entrou em pauta na reforma operada em 1995, mantendo o legislador, de modo geral, a facultatividade para o agravante quanto à modalidade de agravo que pretendia utilizar (de processamento imediato ou de processamento diferido), exceção feita às decisões posteriores à sentença (salvo o caso de inadmissão da apelação) que só seriam atacáveis via agravo retido. Foi o primeiro passo de uma escalada que atingiria seu ponto alto anos depois, com a edição da Lei 11.187/05 que acabou hipervalorizando o agravo retido.

47. O fato inegável é que em pouco tempo a reforma de 1995 acarretou uma imensa sobrecarga de trabalho para os tribunais locais. Ninguém nega que a nova disciplina do recurso tenha mostrado significativo avanço técnico; mas também poucos esconderam seu descontentamento, seja entre os advogados (que reclamavam dos rigores no exame de admissibilidade), seja entre os magistrados (que se sentiram oprimidos pela súbita maré de recursos a invadir as sessões de julgamento, inviabilizando o trabalho das cortes). Houve, portanto, necessidade de fazer alguns ajustes, nem sempre eficazes.

48. O primeiro desses ajustes ocorreu em 2001: a Lei 10.352, além de retificações de caráter redacional e de sistematização no art. 523, ampliou os casos de retenção obrigatória dos agravos, regulou a consequência da não-comunicação do recurso ao juízo prolator da decisão agravada (art. 526) e dimensionou melhor as providências do relator ao receber o recurso de agravo de instrumento. As hipóteses de obrigatoriedade do agravo retido foram ampliadas, mostrando uma tendência que acabou confirmada pouco depois (o legislador efetivamente queria reduzir ao mínimo necessário o acesso imediato aos tribunais). Assim, não apenas decisões proferidas após a sentença estariam sujeitas ao regime da retenção,

⁵¹ A Resolução nº 1, de 31 de janeiro de 1996, determina que, não admitido o recurso especial, caberá agravo de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 544, devendo a petição recursal ser apresentada perante a presidência do tribunal de origem, obedecido o disposto no art. 524.

mas também as decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento (sempre ressalvados os casos de urgência).

49. A surpresa (a meu juízo negativa) ficou por conta do parágrafo acrescentado ao art. 526, pois o legislador resolveu que a falta de comunicação ao juiz comarcano acerca da interposição do agravo de instrumento poderia levar ao não-conhecimento do recurso se o agravado alegasse tal falha (ainda que nenhum prejuízo adviesse para o mesmo agravado da falta de comunicação do agravo), tudo a contrariar um dos cânones do processo civil moderno (não há nulidade sem prejuízo). A modificação, francamente, é de todo inexplicável. O parágrafo único imposto ao art. 526 decorreu, ao que parece, de um embate entre o Superior Tribunal de Justiça e as instâncias locais, pois as cortes inferiores estavam majoritariamente aceitando a idéia de que a comunicação da interposição do agravo ao juízo de primeiro grau seria mesmo necessária, sob pena de tornar-se letra morta o dispositivo legal até então vigente. Resumidamente, entendia-se, antes da modificação de 2001, que a norma tinha objetivos que não poderiam ser esquecidos, quais sejam, permitir ao juiz tomar ciência do recurso para eventualmente reformar sua própria decisão (juízo de retratação), ter elementos seguros para prestar informações (se o relator do agravo as solicitasse) e permitir ao agravado (especialmente quando não residente na sede do tribunal) que pudesse tomar ciência do recurso para impugná-lo sem esforço desproporcional. Havia, portanto, razões de ordem pública (de interesse estatal) e de ordem privada (de interesse da parte) que recomendavam o cumprimento do art. 526, sem que houvesse necessidade de fixar no dispositivo alguma cominação para a violação da norma. Apesar de tais razões, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que a falta de comunicação da interposição do agravo não representaria óbice ao conhecimento do recurso.⁵² Não se passaram dois anos da edição do precedente do Superior Tribunal de Justiça e o legislador editou a Lei 10.352/01, impondo solução diametralmente oposta àquela ditada pela Corte.⁵³

50. A redação final do parágrafo único do art. 526 não agrada ninguém. O legislador utilizou fórmula híbrida, de difícil inteleção, pois atesta que o agravante deve informar o juízo agravado acerca da interposição do agravo, mas ao mesmo tempo avisa que o recurso somente deixará de ser conhecido se o agravado argüir a falha (e prová-la). A seguir tal critério esdrúxulo, caberia ao agravado obter certidão do cartório (*quem sabe?*) para provar que o agravante não cumpriu

⁵² Embargos de Divergência 172.411, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 28 de fevereiro de 2000.

⁵³ Curioso notar que o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no voto que proferiu nos Embargos de Divergência 172.411, já antecipara a intervenção do legislador, mostrando que o rumo que o Superior Tribunal de Justiça dera à questão dos efeitos da falta de comunicação da interposição do recurso tornaria defeituoso o modelo legal então adotado, o que forçaria “a modificação pela via legislativa, nem sempre fácil e rápida, sabido, ademais, que o Judiciário também deve contribuir para o aprimoramento do direito lesado, por meio, inclusive, de interpretação teleológica, sistemática ou fundada na lógica do razoável”.

a obrigação legal, e tudo isso independerá da averiguação de qualquer prejuízo para o recorrido. Não parece um bom modelo: se o legislador queria fazer cumprir a regra do art. 526 (a todo custo e contra o bom-senso, em meu entender) sob pena de não-conhecimento do recurso, deveria ter dito isso claramente. Não o fez. Resta ao intérprete conviver com essa incongruência, de ver um requisito de admissibilidade do recurso analisado apenas se o agravado argüir a questão.⁵⁴

51. No mais, concedeu-se ao relator o poder de converter o agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, II) desde que o relator notasse não haver urgência que justificasse o imediato conhecimento do recurso (o legislador apega-se sempre à terminologia consagrada, de interpretação ampla e variável no tempo, qual seja, “perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”). A decisão do relator, porém, poderia ser atacada por agravo (agravo interno). O mecanismo funcionou mal em muitos Estados, especialmente onde os advogados mostraram-se mais aguerridos, pois convertido o agravo de instrumento em agravo retido, inevitavelmente, interpunha-se o agravo interno, de modo que o relator estaria obrigado a decidir duas vezes, a primeira monocraticamente, a segunda com o colegiado, o que acarretava trabalho dobrado ao invés de proporcionar o alívio imaginado pelo legislador. Em muitos Estados (São Paulo é testemunha disto), os relatores preferiam desde logo processar os agravos de instrumento ao invés de convertê-los em agravos retidos.

52. Mas a saga do agravo não termina em 2001, pois o legislador volta à carga em outubro de 2005 com novas adaptações. Fica claro, com a edição da Lei 11.187, que a forma retida, finalmente, tornou-se a modalidade ordinária do recurso de agravo, de modo que o legislador reservou para o agravo de instrumento apenas as situações de urgência (lesão grave e de difícil reparação) e os casos de inadmissão de apelação (e decisão relativa aos efeitos em que tal recurso é recebido). Investiu o legislador no agravo interposto oralmente (tornando tal modalidade obrigatória para o ataque das decisões tomadas em audiência), além de *determinar* (note-se o verbo) a conversão do agravo de instrumento em agravo retido (salvo nas hipóteses acima excepcionadas), de modo que a verdadeira *praga* em que se convertera o recurso de agravo (na forma instrumentada) finalmente pudesse ser controlada. Esta, pelo menos, a intenção do legislador. Duvido, porém, que a reforma consiga atingir plenamente seu intento: é natural que os advogados, na intransigente defesa dos interesses de seus clientes, tendam

⁵⁴ Athos Gusmão Carneiro assevera, de qualquer forma, que “o motivo principal do art. 526 é realmente o de permitir ao agravado, sem precisar locomover-se ao foro da Capital (ou, para as causas que correm na Capital, sem precisar pesquisar nos serviços processuais do tribunal), conhecer os fundamentos do recurso e habilitar-se a contestá-los em suas contra-razões – art. 527, III. Permitir ao juiz o exercício da retratação (tão pouco freqüente na prática forense) constitui apenas um motivo secundário da norma legal” (*Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 191). Mas se assim é, não haveria – a toda prova – motivo algum para decretar a inadmissibilidade do agravo pela falta da comunicação, a não ser que o agravado demonstrasse ter tido prejuízo (ou seja, não ter tomado conhecimento dos fundamentos do recurso, habilitando-se a contrariá-los).

a optar sempre pela *chance* de ver conhecido o agravo de instrumento, de forma que é razoável que todos tentem encontrar motivos que tornem urgente seu pleito. Estarão os relatores propensos a converter o agravo de instrumento em agravo retido, mormente agora que não cabe recurso algum contra sua decisão? Não estou certo de que isso aconteça, pois o parágrafo único do art. 527, embora diga, de modo transverso e arresvesado, que não cabe recurso algum contra a decisão de conversão, abre a possibilidade de o relator *reconsiderar* sua decisão, o que permitirá aos advogados mais diligentes apresentar seus insistentes pleitos, com o natural direito (*direito, sim!*) de dialogar com o relator no sentido de obter a modificação da decisão adversa. Diante desta expectativa, talvez alguns prefiram desde logo processar os agravos de instrumento, o que será por vezes mais rápido (e mais útil, convenhamos) do que enfrentar a insistência (legítima) do advogado do agravante no desempenho pleno de sua função de defender o interesse de seu cliente recorrente.

53. Um último detalhe que me parece importante diz respeito ainda ao mencionado parágrafo único do art. 527, que decreta o fim de uma polêmica, qual seja, a do cabimento (ou não) de recurso de agravo (interno ou regimental) contra a decisão do relator que concede ou nega efeito suspensivo (ou ativo) ao agravo. Até o advento da Lei 11.187/05, defendiam alguns que a decisão monocrática do relator (que convertia agravo de instrumento em agravo retido, ou que decidia acerca de efeito suspensivo) seria impugnável por meio de agravo, embora o Código silenciasse a respeito do tema (o que autorizou autores de nomeada a negarem a possibilidade de qualquer recurso na espécie). Agora não há mais dúvida alguma, pois o legislador foi claro no sentido de que, proferida decisão monocrática, somente será possível sua alteração no momento do julgamento do agravo (salvo se o relator, é claro, reconsiderá-la). Ainda que alguns tribunais tenham, em seus regimentos internos, dispositivo que permita agravo regimental para atacar decisões monocráticas dos relatores em sede de agravo, tais dispositivos perderam relevância em face da dicção da lei federal. Resta apenas saber como reagirão as cortes diante dos mandados de segurança que serão impetrados contra as decisões liminares proferidas nos casos dos incisos II e III do *caput* do art. 527: se os tribunais abrirem a guarda para admitir tais ações, o parágrafo único do art. 527 acabará, na prática, não produzindo o efeito desejado pelo legislador.

54. Depois de tantas modificações, parece que o legislador conseguiu conciliar juízes e advogados, pois o recurso de agravo, apesar de todas as suas imperfeições, acabou atingindo um ponto de suportabilidade para todos. Não há como ignorar que a multiplicação das decisões interlocutórias de efeito imediato exige, como fator de proteção do devido processo legal, a contrapartida do recurso imediato. Extinguir o recurso de agravo de instrumento num sistema como o brasileiro seria exagero inadmissível, fruto de destempero de quem não conheça a prática forense. Permitir, por outro lado, a disseminação desbragada do recurso causou malefício detestável, bloqueando a atividade principal dos tribunais, que

certamente não é a de decidir questões interlocutórias. Se a fórmula não é perfeita (*e não é mesmo*), talvez tenha sido a melhor que a ciência do processo, em seu estágio atual, pode oferecer.

XIII – Procedimento comum sumário

55. Retomando a cronologia das reformas, o ano de 1995 não terminaria sem ver nova alteração introduzida no Código de Processo Civil: a Lei 9.245, de 26 de dezembro, trouxe ampla modificação no procedimento sumaríssimo, a partir de então denominado *sumário*, como convém.

56. O procedimento sumaríssimo, alvo da modificação, era acusado pelos operadores, em trocadilho revelador, de ser o mais ordinário dos procedimentos. De fato, aquele que deveria ser um procedimento concentrado, informado pelo princípio da oralidade, dava margem a tantos incidentes que raramente se conseguia implementar a idéia do legislador de concentrar os atos processuais numa única audiência. As pautas assoberbadas acabavam fazendo *tabula rasa* do primado da concentração de atos, pois, já que o procedimento não se esgotava numa única audiência, era de esperar que os atos processuais pelo menos se esgotassem em período curto, o que também não acontecia. A identidade física do juiz, que deveria somar-se às demais características do princípio da oralidade, informador do procedimento em questão, não lhe agregava valor, pois a rotatividade dos juízes (especialmente nos grandes centros), somada à excessiva duração do processo, tornava pouco provável a vinculação dos juízes aos processos que instruíam. O desastre se completava com a enorme quantidade de agravos (de instrumento) que permeava o procedimento, tornando-o lento, caudaloso e barrento. Urgia, pois, intervir para modificar o estado de coisas.

57. A primeira providência do legislador foi reduzir de forma contundente as hipóteses do art. 275, II, para que as causas que adotassem o procedimento sumário fossem realmente aquelas aptas a se adequarem a um rito mais ágil. Mas a pífia alçada do inciso I do mesmo artigo (20 salários mínimos) só foi majorada anos depois (Lei 10.444/02). Exigiu o legislador que o autor, se pretendesse produzir prova pericial, formulasse desde logo seus quesitos, de modo que o julgador pudesse melhor avaliar a necessidade, pertinência e utilidade da prova. As audiências foram divididas, de modo que a primeira delas seria de tentativa de conciliação; se não produzisse resultados, o réu apresentaria sua contestação (que poderia conter pedidos contrapostos em face do autor) e, havendo necessidade de produção de provas em audiência, seria designada outra sessão. O “mito do rito” foi quebrado, de modo que o juiz, percebendo que a causa demandaria produção de prova pericial complexa, poderia converter o procedimento em comum ordinário. Por derradeiro – mas não menos importante – proibiu-se de forma radical a intervenção de terceiros no procedimento comum sumário (o legislador teria oportunidade de se arrepender desta decisão, providenciando remédio apenas em 2002, com o advento da Lei 10.444).

58. Esta, a vôo de pássaro, a nova feição do procedimento comum sumário que, esperava o legislador, não cairia no mesmo atoleiro de seu predecessor, de má memória. A prática mostrou, porém, que o procedimento sumário acabaria relegado a um plano muito secundário no sistema do Código. O sucesso dos Juizados Especiais Cíveis e o baixo valor de alçada do procedimento comum sumário (20 salários mínimos, até 2002) foram responsáveis pelo desinteresse dos operadores em utilizá-lo: os Juizados, ninguém duvida, ofereciam para as causas do art. 275, II, procedimento mais ágil e mais barato para resolver controvérsias supostamente de menor complexidade; o art. 275, I, por sua vez, afugentava causas de valor mais significativo, e a tal ponto estava descompassada a lei que remodelou o procedimento comum sumário que os Juizados, criados em 1995, tinham alçada superior à do procedimento do Código.⁵⁵

59. Para arrematar, o legislador, ao proibir genericamente a intervenção de terceiros, causou situação inconveniente nas demandas relativas ao art. 275, II, “d”, quais sejam, as ações de reparação de acidente de veículo, especificamente naquelas em que o réu tinha cobertura securitária. Havia aqui dupla falha na Lei 9.245/95: de um lado, o legislador, ao impedir a denúncia da lide, obrigava o réu, derrotado, a propor nova demanda em face de sua companhia seguradora na hipótese de haver resistência quanto ao pleito de reembolso; de outro – e esta a faceta pior da modificação – a ausência da seguradora no processo impedia o réu de propor acordo, temendo que a companhia seguradora, por conta disso, recusasse reembolsar qualquer valor. Prejudicou-se, a um só tempo, a dinâmica do procedimento *reinventado* e a possibilidade de o juiz utilizar seus poderes conciliatórios exatamente em demandas em que há quase sempre grande possibilidade de harmonização dos interesses dos contendentes. Só em 2002 o legislador daria nova redação ao art. 280,⁵⁶ obviando o problema.

60. Os arts. 280 e 281, vale notar, mostram alguma conscientização do legislador sobre a impossibilidade de continuar a sustentar o discurso demagógico dos anos 70, apostando numa improvável velocidade procedimental. Na redação original de 1973, o art. 280 dizia que o juiz deveria proferir a sentença tão logo concluísse a instrução ou no prazo máximo de 5 (cinco) dias. O dispositivo,

⁵⁵ O art. 3º da Lei-9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) dispõe, nos seus dois primeiros incisos: “Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I – as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo; II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; [...]”

⁵⁶ A Lei 9.245/95 havia dado ao art. 280 a seguinte redação: “Art. 280. No procedimento sumário: I – não será admissível ação declaratória incidental, nem a intervenção de terceiro, salvo assistência e recurso de terceiro prejudicado; II – O perito terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação do laudo; III – Das decisões sobre matéria probatória ou proferidas em audiência, o agravo será sempre rejeitado.” A Lei 10.444/02 modificou o dispositivo para que passasse a constar o seguinte: “Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.”

desnecessário dizer, era inócuo. E o escárnio era completado pelo art. 281, que determinava que no procedimento então sumaríssimo todos os atos processuais, da propositura da demanda até a sentença, seriam realizados em 90 (noventa) dias (os tribunais não se cansavam de afirmar que tal prazo era irrelevante). A lei 7.219/84 deu outra redação ao art. 280, limitando-se a contemplar a concessão de prazo de 10 (dez) minutos para que as partes apresentassem suas alegações finais, após o que seria proferida sentença ou designada data para sua leitura, ainda no otimista (*rectius*, surrealista) prazo máximo de 5 (cinco) dias. A Lei 9.245/95 fez desaparecer a previsão legal de que o procedimento (agora *sumário*) terminaria em 90 (noventa) dias. A Lei 10.444/02, por fim, aplainou arestas em relação à denúncia da lide, mantendo-se, porém, a previsão de que a sentença seria proferida na própria audiência ou no prazo de 10 (dez) dias. Manteve, contudo, o legislador, impávido, o dispositivo (art. 550) que assegura que os recursos interpostos nas causas de procedimento sumário serão julgados nos tribunais em 40 (quarenta) dias...

XIV – Arbitragem

61. A Lei 9.307/96 não está exatamente dentro do contexto das reformas que paulatinamente foram aportadas ao Código de Processo Civil. Com efeito, o anteprojeto que resultou na lei referida é de 1991 e teve origem em iniciativa civil que objetivava reabilitar um meio alternativo de solução de litígios que andava completamente abandonado no Brasil. Uma visão macroscópica destes últimos quinze anos de reformas, porém, não poderia deixar de contemplar esta bem-sucedida iniciativa.

62. A reabilitação da arbitragem no Brasil passava, antes de mais nada, por uma escolha de método: ou o Código seria reformado, dando-se nova redação aos arts. 1.072 a 1.102, ou seria editada nova lei que passaria a tratar do juízo arbitral, derogando-se a parte do Código que disciplinava o assunto. A última alternativa acabou vingando e o legislador houve por bem revogar os artigos do Código de Processo Civil que até então regiam a matéria, procurando implantar nova cultura arbitral no país, o que devia levar em conta, necessariamente, três pontos: fortalecimento da cláusula compromissória, eliminação da necessidade da homologação do laudo arbitral e facilitação do trânsito das sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, com o abandono do vetusto sistema da “dupla homologação” imposto pelo Supremo Tribunal Federal.

63. A primeira questão enfrentada pelo legislador tocava a cláusula compromissória, que no Brasil praticamente não tinha tratamento legislativo. A solução que se deu ao problema foi equiparar os efeitos da cláusula arbitral e do compromisso (a Lei 9.307/96 passou a tratar as duas sob a rubrica “convenção arbitral”). Na prática, isso significava que na presença de cláusula compromissória o juiz togado deixava de ter jurisdição sobre a causa, passando a competência aos árbitros. A alteração, como é intuitivo, produziu efeito muito positivo, já que

a maior parte das arbitragens instaura-se por força de cláusula compromissória, não de compromisso arbitral, o que é muito natural, pois a cláusula é introduzida em dado contrato quando as partes estão negociando, construindo sua relação jurídica, e não existe contenda; o compromisso, ao contrário, é celebrado sob pressão e em clima de guerra, pois as partes, já em aberta desavença, procuram um meio de resolver a pendência fora do Poder Judiciário. Em essência, a diferença entre cláusula e compromisso continua a existir e hoje é basicamente temporal: a primeira antecede o litígio e é inserida em determinado contrato (ou reporta-se a ele) para determinar que na eventualidade de litígio futuro este será resolvido pela via arbitral; o compromisso é atual e concreto, e determina que uma desavença já existente será resolvida por arbitragem. Uma e outra, porém, a partir da nova lei, retiram a competência do Estado para julgar a lide e atribuem-na ao árbitro.

64. A segunda questão diz respeito à necessidade – consignada no Código – de homologar judicialmente o *laudo arbitral* (a partir da nova lei, a expressão foi substituída por *sentença arbitral*). Tal necessidade advinha do sistema vigente até 1996 que só reconhecia efeitos de sentença ao laudo arbitral depois que este fosse homologado pelo juiz togado, o que criava desnecessário estorvo àqueles que preferiam resolver sua controvérsia fora do Poder Judiciário, depositando o poder decisório na mão de árbitros. As vantagens da arbitragem, sob a égide do velho sistema, esmaeciam: a *celeridade* que se conseguia com o ágil procedimento arbitral (deformalizado, rápido, adequado ao caso concreto) era perdida com a necessidade de acessar o Poder Judiciário, sempre lento e pleno de recursos; o *sigilo* cultivado pelos litigantes, que normalmente não têm interesse de levar a público suas disputas, desaparecia por força da publicidade do processo homologatório; e a boa relação entre *custo e benefício* que a arbitragem proporciona ficava afetada com a necessidade de acrescer os custos do processo aos gastos gerais das partes. Assim, resolveu o legislador mudar o sistema de controle judicial das sentenças arbitrais: ao invés de determinar que o produto da atividade dos árbitros fosse sempre submetido à convalidação judicial (homologação), criou o legislador a possibilidade de a parte interessada promover demanda de anulação da sentença arbitral, em prazo decadencial curto (90 dias), desde que houvesse um dos vícios formais que o art. 32 da Lei de Arbitragem taxativamente arrola.

65. A terceira questão, por derradeiro, trata de tema ligado ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras: para que uma sentença arbitral estrangeira pudesse produzir efeitos no Brasil, o Supremo Tribunal Federal exigia, historicamente, a homologação de tal sentença pela justiça local (ou seja, pelo Poder Judiciário do país onde a sentença arbitral foi prolatada) para, depois, permitir fosse pleiteada perante o Supremo Tribunal Federal a homologação da sentença estrangeira (estatal) que homologara o laudo arbitral. Tal sistema recebeu o epíteto de “critério da dupla homologação”. A Lei de Arbitragem acabou com tal sistema, e seu art. 35 determinou que, para o reconhecimento ou execução no Brasil, a sentença arbitral estrangeira estaria sujeita apenas à homologa-

ção do Supremo Tribunal Federal (agora do Superior Tribunal de Justiça, *ex vi* da alteração do art. 105, I, *i*, da Constituição Federal).

66. Estas três alterações foram capazes de gerar um movimento de confiança dos operadores em direção ao método renovado de solução extrajudicial de controvérsias. A partir da vigência da Lei de Arbitragem – novembro de 1996 –, não só aumentaram as instituições que oferecem o serviço, mas também multiplicaram-se as arbitragens capitaneadas por órgãos nacionais. Mais que isso, começam a ser divulgadas, por exemplo, estatísticas da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI) dando conta do incremento de arbitragens internacionais com participação de brasileiros (especialmente empresas brasileiras) e de arbitragens entre empresas brasileiras, administradas pela poderosa entidade internacional.

XV – Os processos nos tribunais: alterações pontuais

67. O sistema recursal brasileiro instaurado a partir de 1973 (Código de Processo Civil) permitiu uma gama variada de mecanismos de impugnação dos proventos judiciais, mecanismos esses que também favoreceram de forma maciça o ataque às decisões interlocutórias. Em outros termos, todas as decisões interlocutórias são recorríveis e, das decisões tomadas nas cortes locais, poderia o interessado levar a questão ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal (valendo lembrar que, sob a égide da Constituição de 1969, vigente à época da edição do Código de Processo Civil, cabia à Corte Suprema o julgamento de causas em que houvesse violação à lei federal ou à Constituição).

68. A Constituição de 1988 só fez piorar a situação, com a criação de novo tribunal (o Superior Tribunal de Justiça) que passaria a ter competência para decidir *causas* em que houvesse violação da lei federal. Note-se que a nova Constituição, ao tratar do recurso especial e do recurso extraordinário, empregou esta expressão ambígua: *causa*.⁵⁷ Aí está a gênese de uma grave distorção em nosso sistema recursal que alonga o processo de forma insuportável, permitindo que

⁵⁷ O art. 102, III, da Constituição Federal diz que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as *causas* decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida incidir em algum dos quatro casos que relaciona; a mesma técnica usou o art. 105, III, da Constituição ao determinar que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as *causas* decididas em única ou última instância pelos tribunais locais nas hipóteses que arrola. O Superior Tribunal de Justiça fixou a exata interpretação da expressão constitucional *julgar causas* em sede de embargos de divergência em recurso especial. A Primeira Turma daquela Corte havia decidido, em recurso especial, que “a expressão constitucional ‘causas decididas’ (pelos tribunais) não pode ter compreensão dilargante a ponto de abranger, para justificar o apelo especial, arestos decorrentes de agravos instrumentados contra decisões do juiz singular”. Em sede de embargos de divergência (e por maioria de votos), a Corte Especial decidiu (em 25 de março de 1993, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, publ. no *DJ* de 14.6.1993, p. 11755) que “a expressão ‘julgar em recurso especial, as causas’ há de entender-se como abrangendo também as decisões interlocutórias”.

cheguam aos tribunais superiores todo o tipo de questões, inclusive aquelas incidentais e por vezes pouco relevantes. Esta realidade animou o legislador a fazer nova intervenção no Código de Processo Civil para tentar frear o número altíssimo de recursos especiais e extraordinários decorrentes de agravos (decisões interlocutórias, portanto), como forma de evitar que as cortes superiores continuassem a sustentar carga excessiva de trabalho para resolver questões interlocutórias, em detrimento da necessária agilidade (e tempo) na solução final das demandas. Optou então o legislador, para resolver o problema específico, pela adoção do *regime de retenção* dos dois recursos de superposição referidos, de modo que o art. 542 recebeu mais um parágrafo (o terceiro) para esclarecer que os recursos especiais e extraordinários interpostos contra decisões interlocutórias em processo de conhecimento, cautelares ou embargos à execução ficariam retidos nos autos e só seriam processados se fossem reiterados pela parte interessada no prazo para a interposição do recurso (de superposição) cabível contra a decisão final ou no prazo para apresentação das contra-razões relativas e este último recurso.

69. O que pareceu na primeira hora uma ótima solução mostrou-se, na verdade, um tormento para as Cortes Superiores. Vendo bloqueado o acesso imediato ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, os advogados não hesitaram em forçar a porta de entrada com a propositura de ações cautelares que objetivam ver processados imediatamente os recursos sob a afirmação de urgência. E não há como negar – para figurar um exemplo – que uma decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeiro grau rejeitando antecipação de tutela, confirmada pelo tribunal local, mereceria atenção imediata das cortes em Brasília. Assim, pouco tempo depois da edição da Lei 9.756/98, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal estavam às voltas com razoável quantidade de processos novos (ações cautelares) sem que a nova lei tivesse trazido o alívio desejado.⁵⁸

70. A dúvida (que surgiu já no início de vigência da Lei 9.756/98) é saber se o presidente da corte local, verificando ser caso de urgência, pode liberar o processamento do recurso especial e (ou) extraordinário. Minha resposta é afirmativa: se é certa a afirmação de que o § 3º do art. 542 “*comporta temperamentos*”, “*não tem aplicação em casos de urgência*”, “*pode frustrar a entrega da tutela jurisdicional do Estado*”, “*pode ser abrandado*” ou, ainda, “*comporta flexibilização em casos excepcionalíssimos*” (expressões colhidas de acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos sobre a matéria), parece que o

⁵⁸ O entendimento do STJ é de que o recurso especial interposto contra acórdão em agravo de instrumento enquadrado em alguma das hipóteses do § 3º do art. 542 deve permanecer retido, salvo urgência na prestação jurisdicional que enseje o destrancamento do recurso. Vale conferir, neste sentido, acórdãos recentes proferidos no AgRg na Pet 4727-RJ (rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em agosto de 2006) e nos EDcl na MC 8232-RJ (rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em agosto de 2006), todos da 3ª Turma. Neste mesmo sentido já haviam decidido outras turmas em passado recente: MC 6720-RJ (rel. Min. Gilson Dipp, julg. em abril de 2004, 5ª Turma) e MC 5527-SP (rel. Min. Eliana Calmon, julg. em maio de 2003, 2ª Turma).

presidente do tribunal *a quo* pode perfeitamente, constatando a situação, liberar o processamento do recurso, *ad referendum* do tribunal de superposição competente (o presidente do tribunal local, desnecessário lembrar, faz apenas juízo provisório de admissibilidade). Isto evitaria uma desnecessária proliferação de pleitos cautelares a estorvar o trabalho, já caótico, das cortes superiores.⁵⁹

71. No mais, a lei de dezembro de 1998 acrescentou novo parágrafo ao art. 120 para permitir que o relator decidisse de plano conflito de competência quando houvesse jurisprudência dominante no tribunal sobre o tema, dispensando o órgão colegiado de decidir a questão (sem prejuízo do agravo contra a decisão monocrática), fortalecendo os poderes do relator (linha seguida com firmeza na reforma do Código ao longo destes últimos 15 anos). Também está alinhada com esta idéia de *fortalecimento dos poderes do relator* a possibilidade, implantada com a lei sob foco, de conversão do agravo de instrumento (contra despacho denegatório de recurso especial ou extraordinário) para que possa ser desde logo apreciado o mérito do recurso, bem como a ampliação dos poderes para negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante (art. 557). O expediente, por outro lado, fortalece os precedentes, contribuindo de forma consistente para a uniformização dos julgados.

72. Na mesma linha de fortalecimento dos precedentes, ocupou-se também o legislador da declaração de inconstitucionalidade, prevendo a desnecessidade de os órgãos fracionários submeterem novamente ao plenário (ou ao órgão especial) argüição de inconstitucionalidade a respeito da qual já tenha havido pronunciamento do próprio tribunal ou do Supremo Tribunal Federal.

XVI – Reexame necessário e recursos: nova investida do legislador

73. O movimento reformista voltou à tona no final de 2001: a Lei 10.352, de 26 de dezembro, introduziu novas alterações no Código de Processo Civil, atacando dispositivos relativos aos recursos e ao reexame necessário.

74. O antigo recurso *ex officio* (renomeado pelo legislador de 1973 como *reexame necessário*) mudou de nome, mas não teve alterada sua natureza, de modo que o Código atual continuou a manter um bolorento mecanismo de hiperproteção para a Fazenda Pública e para as hipóteses em que se pleiteasse anulação de casamento. Em poucas palavras, ao legislador de 1973 parecia natural que a eficácia das sentenças proferidas contra os interesses fazendários ficasse condicionada à confirmação da decisão pelos tribunais locais; do mesmo modo, parecia

⁵⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier tem razão ao afirmar que, nestes casos de urgência, deve o recorrente pleitear o imediato encaminhamento do recurso ao tribunal superior; caso a pretensão não seja atendida, pode ser interposto recurso de agravo para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal, conforme seja o caso (*Os Agravos no CPC Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 613).

natural (em 1973) que os embates que tangenciavam a validade dos casamentos ficassem também sujeitos à reapreciação dos tribunais, tudo em clara desvalorização não só dos juízes de primeira instância, mas também (no primeiro caso) dos zelosos procuradores da fazenda pública em suas diversas esferas. Sempre vi neste sistema de duplo grau obrigatório clara violação do princípio constitucional da igualdade das partes, pois, no que tange à Fazenda Pública, cria-se privilégio desnecessário (*privilégio*, note-se bem, não mera *prerrogativa*). Desnecessário, sim: se em 1973 as procuradorias estavam assentadas em organização precária, o que talvez justificasse a preocupação do Estado no sentido de que a coisa pública não fosse gerida com a necessária atenção e competência, hoje tal aflição não faz sentido. Com o passar dos anos, as procuradorias (em todos os níveis) passaram por natural depuração, seus integrantes estão sujeitos (normalmente) a escolha por rigoroso concurso público, de modo que a competência e diligência no trato dos interesses do Estado passaram a ser a regra. Em síntese: a verdadeira “tutela” que se estabeleceu sobre os procuradores não tem mais razão de ser. Se a Fazenda Pública restar vencida, que recorra: o Estado tem hoje à sua disposição procuradores bem formados e capazes de zelar pelos interesses das entidades que representam; e se houver desvio, puna-se o responsável (tanto o funcionário desidioso quanto quem o escolheu ou não o supervisionou adequadamente!). No início do terceiro milênio, portanto, a sociedade estava madura para exigir que os gestores dos interesses públicos assumissem maiores responsabilidades.

75. Os debates sobre o tema não favoreceram, entretanto, minha opinião, que propugnava a pura e simples revogação do art. 475: o legislador preferiu apoiar posição menos radical, preparando o terreno, quem sabe, para futuramente repensar a questão. Assim, em 2001, os três casos até então contemplados no art. 475 foram reduzidos a dois, melhorando-se a técnica redacional do dispositivo. Foi abolida, pelo menos, a hipótese de reexame necessário para as sentenças de anulação de casamento, até porque, com a edição da Lei do Divórcio no Brasil (Lei 6.515/77), não fazia mesmo sentido algum manter uma estrutura de superfetação para proteger o casamento, bastando, para a preservação dos interesses do Estado, a intervenção do Ministério Público.⁶⁰ Quanto aos dois outros casos (que passaram a ser os únicos contemplados na nova redação do dispositivo legal renovado), houve apenas revisão de redação, de modo que, se a Fazenda Pública restar vencida ou forem julgados procedentes os embargos à execução de dívida ativa, a decisão estará sujeita ao duplo grau obrigatório. A novidade ficou por conta do § 2º, que afasta o mecanismo de condicionamento da eficácia da sentença quando o valor da condenação não ultrapassar 60 (sessenta) salários mínimos.

⁶⁰ Enquanto vigorou o Código Civil de 1916, exigia-se também a nomeação de um “curador ao vínculo” (art. 222), cuja função era de defender (obrigatoriamente) a validade do matrimônio, interpondo inclusive os recursos necessários. O Código Civil vigente não reproduziu a regra.

76. Em tema de recursos, a Lei 10.352/2001 acrescentou um parágrafo no art. 515, adicionou um inciso no art. 520 e trouxe mais mudança no processamento do recurso de agravo. Do último tema já tratei em item anterior; quero, portanto, abordar as duas outras novidades.

77. O parágrafo terceiro acrescentado ao art. 515 foi recebido pela doutrina como uma verdadeira mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição. Prevê o dispositivo que, nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, o tribunal poderá julgar a lide, desde que a causa verse exclusivamente questão de direito e esteja em condições de imediato julgamento. A aplicação estrita do princípio do duplo grau de jurisdição levou a doutrina (e a jurisprudência que se formou até o advento da lei reformadora) a afirmar que, extinto o processo sem resolução do mérito, a apelação deveria limitar-se a discutir o acerto desta sentença, de modo que o provimento do recurso deveria devolver o processo à instância inferior para que fosse proferida decisão sobre o mérito. Ainda que a causa estivesse pronta para julgamento do mérito, seria herético o julgamento com a supressão da instância originária. Pura perda de tempo: *summum jus, summa injuria!* Nada explicava a necessidade da devolução da causa à instância originária se não houvesse atividade instrutória a completar. Com base nesta evidência, acrescentou-se o parágrafo terceiro ao art. 515, cuja redação, porém, revelou-se insatisfatória, pois o novo texto afirma que a supressão da instância originária é admissível se a causa versar exclusivamente questão de direito e (note-se a aditiva) estiver em condições de imediato julgamento. O legislador usou técnica diferente daquela adotada no art. 330, no qual permite o julgamento antecipado da lide quando a questão de mérito for unicamente de direito ou (note-se a alternativa) quando a causa estiver pronta (ou seja, quando a questão, ainda que de direito e de fato, não ensejar a necessidade de produção de outras provas). Em boa técnica, seria o caso de fazer a distinção e não admitir a aplicação do parágrafo terceiro às causas que, não sendo meramente de direito, estivessem devidamente instruídas; a doutrina, porém, adotou postura pragmática e deu ao parágrafo interpretação extensiva. Melhor assim.

78. O parágrafo terceiro sob foco concedeu aos tribunais o poder de, constando a situação descrita acima, julgar desde logo o mérito. Com isso quero dizer que o julgamento do mérito não precisa ser pleiteado pelo recorrente, não estando a aplicação da nova regra sujeita a pedido expresso do recorrente. Trata-se de amenização da regra geral de que ao tribunal devolve-se apenas o conhecimento da matéria impugnada: com a inserção do parágrafo terceiro do art. 515, ainda que o apelante nada diga sobre o mérito e pleiteie apenas e tão-somente a cassação da sentença terminativa (com a devolução dos autos à instância originária), fica autorizado o tribunal, reconhecendo que a causa está pronta para julgamento, a conhecer diretamente o pedido, julgando a lide.⁶¹

⁶¹ José Rogério Cruz e Tucci (*Lineamentos da Reforma do CPC*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 102), ao comentar o parágrafo terceiro acrescido ao art. 515, faz prudente recomendação que convém repetir: “Sem dúvida que, diante dessa nova realidade, não será exagero sustentar

79. Quanto ao inciso acrescentado ao art. 520, os operadores em geral sentiram imensa frustração. Segundo o que fora planejado cuidadosamente no anteprojeto da Lei 10.352/01, pretendia-se uma importante alteração do preceito legal, que atribuiria, como regra geral, o efeito apenas devolutivo às apelações. Esta era a proposta originária do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que encontrou forte oposição do Governo Federal.⁶² Para evitar que todas as sugestões de reforma inseridas no Projeto de Lei 3.474/2000 (que depois se metamorfoseou na Lei 10.352/01) naufragassem, a proposta de alteração do art. 520 foi retirada do anteprojeto, que contemplou apenas a inserção do inciso VII neste artigo do Código, para dizer o óbvio, ou seja, que a apelação terá efeito apenas devolutivo quando atacar sentença que confirme antecipação de tutela (não fosse assim, o recurso suspenderia a eficácia da tutela já concedida, o que constituiria inaceitável contra-senso). Perdeu-se, em suma, oportunidade valiosa de reverter a crise do sistema recursal brasileiro. Na minha avaliação, a valorização das sentenças de primeiro grau, com a atribuição apenas excepcional de efeito suspensivo à apelação, poderia funcionar como forte elemento de dissuasão contra a utilização desbragada do recurso. Talvez tivesse início aí um processo educativo que refreasse o pseudo-inconformismo cultural dos advogados brasileiros, já que sem o efeito suspensivo (hoje natural) das apelações, o recurso acabaria por se tornar menos atraente para o vencido, que não poderia aproveitar-se dos tempos do processo para eternizar sua resistência ao cumprimento de decisão judicial. O problema, sabem todos, é antes de mais nada político: a quem interessa fortalecer os poderes dos juízes de primeira instância? Mais que isso: estariam os juízes de primeira instância prontos para assumir a imensa responsabilidade social que lhes cairá sobre os ombros no instante exato em que a massa das sentenças produzidas por eles passar a produzir efeitos imediatos? O futuro dirá: continua em tramitação projeto de lei⁶³ que pretende reformar o art. 520, dando-lhe a feição que o Instituto Brasileiro de Direito Processual acabou impedido de implantar.

que o apelado, para precaver-se, deverá ter presente, ao elaborar as contra-razões, os mesmos dogmas que norteiam o princípio da eventualidade.” Sabendo as partes de antemão as “regras do jogo”, não vejo risco algum para o contraditório e para o tratamento adequado da causa. As partes já sabem agora que, embora o mérito (a lide) não seja objeto de discussão no recurso de apelação, existirá a possibilidade de seu julgamento. Tomem, portanto, as precauções que julgarem adequadas.

⁶² Na exposição de motivos firmada pelo Ministro de Estado da Justiça ao apresentar o anteprojeto de lei ao Presidente da República, constou, eufemisticamente, esta explicação: “Art. 520. Quando da elaboração deste Projeto cogitou-se adotar, como regra, a não suspensividade da apelação, atribuindo-se assim maior eficácia à sentença, na trilha de exemplos em direito comparado. Todavia, respeitáveis objeções conduziram à manutenção, como regra geral, da sistemática do duplo efeito, de longa tradição, pelo menos no estágio atual das reformas no Código e enquanto não se dispõe de estatísticas precisas a respeito do número percentual de apelações que são total ou parcialmente providas. Além disso, busca-se inclusive evitar um previsível acúmulo, em segunda instância, de pedidos cautelares tendentes à concessão do efeito suspensivo à apelação.”

⁶³ Trata-se do Projeto de Lei 3.605, de 2004, de autoria do Deputado Colbert Martins, que planeja dar ao art. 520 a seguinte redação: “Art. 520. A apelação terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte.”

XVII – Preocupações éticas do legislador nas novas modificações relativas ao processo de conhecimento. Ajustes procedimentais

80. A Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001, trouxe duas alterações de conteúdo ético, introduziu pequenas modificações relativas à produção da prova pericial e fez correções (redacionais e técnicas) em alguns dispositivos relativos ao processo de execução.

81. Sem dúvida alguma, os holofotes foram voltados para o art. 14, cuja alteração foi o tema que mais chamou a atenção dos estudiosos na reforma operada nos estertores de 2001. O objetivo da modificação do *caput* do artigo, bem como a inserção do inciso V, foi o de reforçar a *ética no processo*. O art. 14, que era endereçado “às partes e aos seus procuradores”, passou a ter como destinatários “as partes e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, procuradores ou não; acrescentou-se ainda um dever suplementar a todos os destinatários da norma, qual seja, o de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. Este dever acrescentado pela Lei 10.358/01 recebeu atenção especial do legislador, que sujeitou o infrator não só à persecução criminal, como também à aplicação de multa (parágrafo único acrescido ao art. 14).

82. Os advogados, porém, foram imunizados em relação aos severos efeitos da violação desta obrigação legal de cumprir os provimentos mandamentais (e de não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais). Não era essa a proposta constante do Projeto de Lei 3.475/2000, defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual: no esboço de lei não constava a exclusão dos advogados, o que acabou sendo objeto da restrição constante do parágrafo único do art. 14, em sua redação final, durante a tramitação na Câmara dos Deputados.⁶⁴ E a redação que foi dada (na Câmara dos Deputados) à parte inicial do parágrafo indigitado foi tão ruim que se chegou a cogitar de aplicação esdrúxula do dispositivo: aos advogados que se sujeitam *exclusivamente* aos estatutos da OAB (ou seja, de modo geral, os advogados que atuam na esfera da iniciativa privada) não se poderiam aplicar as sanções previstas pelo reformador (persecução penal, multa); o advogado público, porém, que se sujeita a regulamentos funcionais (e não *exclusivamente* aos estatutos da OAB), expunha o próprio peito à sanha punitiva dos magistrados! O Supremo Tribunal Federal, para evitar discriminação odiosa, acabou interpretando o dispositivo para mostrar que a falta de uma vírgula não poderia produzir tamanha teratologia.⁶⁵

⁶⁴ Ada Pellegrini Grinover expressou sua frustração no artigo “Paixão e morte do *contempt of court* brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil)” in *O Processo*, DPJ Editora, São Paulo, 2006, p. 158-166.

⁶⁵ Pois é, toda essa polêmica foi produzida pela falta de uma vírgula: o parágrafo único do art. 14 determinou que “ressalvados os advogados que se sujeitam *exclusivamente* aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição”. Deveria ter dito: “Ressalvados os advogados, que se sujeitam *exclusivamente* aos estatutos da OAB, a

83. A ética também estava à base da alteração que se procedeu em relação ao art. 253, para que a distribuição fosse feita por dependência não apenas nos casos de conexão ou continência com outro processo já ajuizado, mas também nos casos de ações repetidas, versando a mesma questão de direito. Tratava-se, em suma, de evitar que o princípio do juiz natural fosse violado, sucumbindo o advogado à tentação de distribuir ao mesmo tempo diversas demandas, espalhando-as no foro, para depois, desistindo daquelas distribuídas a juízos onde as liminares pleiteadas não fossem obtidas (ou onde já se conheça, de antemão, a orientação do juiz, contrária aos interesses da parte), fixar a competência dos “juízos convenientes”, pleiteando ali a formação de litisconsórcio. O cerco acabou se fechando ao prever o legislador, na mesma linha e pelos mesmos motivos, que a desistência da demanda não livraria o advogado de apresentar-se ao mesmo juízo, criando-se assim uma espécie de “conexão póstuma”.

84. As medidas tomadas pelo legislador não foram suficientes para abarcar todos os artifícios tendentes à violação do princípio do juiz natural. Em 2006, o legislador voltou a interferir, alterando o inciso II do art. 253 e acrescentando um terceiro inciso. Como resultado, ainda que o autor modifique parcialmente o pólo passivo ou o pólo ativo, impõe-se a distribuição por dependência.

85. Tentou o legislador efetuar mudanças relativas à contagem de prazo: os dois dispositivos que pretendia alterar foram aprovados no Congresso Nacional, mas vetados pelo Presidente da República. A idéia contemplada na lei era a de terminar com o princípio da continuidade dos prazos, de modo que os prazos contados em dias não tivessem curso nos feriados e nos dias em que não houvesse expediente forense. A Presidência da República preferiu não alterar a tradição brasileira e manteve intactos os arts. 175 e 178.

86. Outro veto sofrido pela Lei 10.358/01 tocou o parágrafo único do art. 154: pretendia o legislador, desde que atendidos os requisitos de segurança e autenticidade, que os tribunais pudessem disciplinar (no âmbito de sua jurisdição) a prática de atos processuais e sua comunicação às partes com a utilização de meios eletrônicos. Entendeu a Presidência da República, ao vetar o dispositivo legal, que seria melhor aguardar a uniformização dos meios de comunicação eletrônica, com utilização dos mesmos critérios de chaves públicas. O país teria que esperar outros 5 (cinco) anos, antes que a Lei 11.280, de fevereiro de 2006, introduzisse nova redação ao parágrafo vetado. No mesmo ano de 2006, foi também editada a Lei 11.419, que disciplinou o processo eletrônico.

87. Em relação às provas, o legislador introduziu regras mais flexíveis para o procedimento: ao invés de determinar que as partes apresentassem o rol de tes-

violação [...]” Para resolver o enigma da vírgula, interveio o Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a ADIn 2.652-6 para, sem redução de texto “emprestar à expressão ‘ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB’ contida no parágrafo único do art. 14 do CPC, com a redação imprimida pela Lei 10.358/2001, interpretação conforme a Carta, a abranger advogados do setor privado e do setor público”.

temunhas no prazo de 5 (cinco) dias que antecedia a audiência (normalmente as testemunhas não eram intimadas a tempo, o que provocava o adiamento do ato processual), deixou o legislador a critério do magistrado a fixação do prazo para o depósito do rol de testemunhas (na hipótese de omissão do juiz, o prazo foi elevado para dez dias antes da audiência); também com relação à prova pericial, o legislador permitiu maior flexibilidade, ao especificar que o juiz, caso a perícia seja complexa, possa nomear mais de um perito para áreas diferentes do conhecimento especializado. Por fim, editou o legislador regra de organização, que favorece a aplicação do princípio do contraditório: o art. 431-A passou a exigir que as partes tenham ciência do início da perícia, de sorte que partes e assistentes técnicos não sejam alijados da efetiva participação da colheita dos elementos técnicos dos quais se valerá o perito para elaborar seu laudo.

XVIII – Reparos necessários. Consolidação da reforma do processo de execução e fortalecimento dos poderes do juiz

88. Em 2002, foi editada nova fornada de modificações no Código: a Lei 10.444, de 7 maio, alterou 14 (catorze) artigos, fazendo alguns reparos complementares que decorreram das observações e críticas dos estudiosos ao longo do período de implementação das novidades paulatinamente incorporadas ao texto pelo legislador.

89. Exemplo desta “revisão” está estampado no primeiro artigo da Lei 10.444/02, que deu nova redação ao § 3º do art. 273 (antecipação dos efeitos da tutela), acrescentando-lhe dois outros parágrafos. O ponto mais relevante ficou exatamente por conta de um dos parágrafos acrescidos, o sétimo, que estabeleceu a fungibilidade entre medidas cautelares e pleitos de antecipação de tutela. Pode parecer incrível, mas parte considerável da doutrina dedicou-se nos últimos anos a estabelecer refinadas sutilezas jurídicas para apartar a antecipação de tutela das medidas cautelares, tudo com efeitos deletérios na aplicação da lei e na decantada busca de um processo de resultados. Muitos juízes, acreditando nestas distinções de caráter rigoroso, acabaram indeferindo pleitos cautelares por considerá-los de natureza diversa (antecipatória de tutela), enquanto outros rejeitaram pedidos de antecipação de tutela, remetendo o “suplicante” às vias cautelares. Quanto tempo perdido! Nunca consegui enquadrar as conhecidas *sustações de protesto* (medidas cautelares inominadas, segundo a doutrina tradicional) exclusivamente numa ou noutra categoria. É verdade que a sustação do protesto de um título tornará útil o resultado da demanda em que o autor pretenderá ver declarada a nulidade (ou pretenderá ver desconstituído) o título malformado; mas é igualmente verdadeiro que a sustação do protesto desde logo tutelará o direito daquele que, vendo sacado (ou exigido) um título de crédito inválido, quer proteger seu direito de crédito. Trata-se, bem se vê, de uma situação em que melhor será mencionar o gênero (tutela de urgência) e não a espécie (medida

cautelar ou antecipação de tutela).⁶⁶ O parágrafo sétimo inserido no art. 273, de qualquer modo, resolveu a questão. Quem ainda tiver tempo (e paciência) poderá dedicar-se, tal qual os filatelistas, a descobrir as filigranas.

90. O art. 461-A expandiu a idéia de *deformalização* da execução, para fazer alcançar também as sentenças condenatórias das obrigações de entregar coisa certa e incerta. A partir de 2002, também estas sentenças não comportariam mais execução no sentido estrito, ampliando-se os poderes do juiz no que se refere às medidas de que poderia predispor para fazer cumprir sua sentença, pois o legislador reportou-se, no novo artigo, aos parágrafos do art. 461. E isso não bastasse, aproveitou o legislador para reforçar os poderes que já havia anteriormente colocado à disposição do magistrado (quando tratou do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer) dando nova redação ao § 5º (para inserir o poder de impor multas), cujo valor e periodicidade (especifica agora o § 6º, acrescentado pela Lei 10.444/02) poderiam ser modificados de ofício na hipótese de verificar o juiz insuficiência ou excesso.

91. Quanto aos demais reparos que o legislador fez no Código, vale lembrar o aumento de alçada para as causas que comportariam o procedimento sumário (o art. 275 passou à marca dos sessenta salários mínimos), corrigindo-se também o art. 280 para permitir a denúncia da lide; o art. 331 recebeu um infeliz parágrafo terceiro; a execução provisória recebeu versão mais técnica, com a alteração do art. 588; e o art. 604 incorporou dois parágrafos (nem tão técnicos).

XIX – Interregno: o “Pacto de Estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano”

92. Completou-se em 2002 mais um ciclo das reformas do Código de Processo Civil. Com isso, o legislador fez conveniente pausa nas modificações implantadas na lei, iniciando-se novo período de gestação. Àquela altura – ou seja, em 2002 – reuniam-se os processualistas para tratar da conclusão do trabalho que fora iniciado em 1994 para a *deformalização* do processo de execução: faltava tratar do cumprimento das sentenças condenatórias de quantia. Urgia também remodelar o vetusto processo de execução calcado em título extrajudicial, atualizando especialmente os dispositivos que diziam respeito à execução por quantia certa contra devedor solvente. Os dois temas foram objeto de propostas legislativas preparadas no âmbito do Instituto Brasileiro de Direito Processual (sempre com a colaboração essencial de Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira); discutidas as propostas no “Encontro de Processualistas” realizado em

⁶⁶ O melhor trabalho sobre o tema foi escrito – antes da reforma de 2002 – por José Roberto dos Santos Bedaque. Trata-se de sua tese de livre-docência, publicada em 1998 sob o título *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, Ed. Malheiros, São Paulo. A última edição do trabalho já leva em conta todas as reformas incorporadas ao Código.

Brasília em agosto de 2002,⁶⁷ foram feitas sugestões, que voltaram a ser discutidas nas V Jornadas de Direito Processual Civil, realizadas em 2003 em Foz do Iguaçu, Paraná. Formou-se, assim, razoável consenso sobre os rumos que a reforma deveria tomar quanto ao processo de execução.

93. O processo eletrônico, por outro lado, tinha necessariamente que se tornar uma realidade e era indispensável pensar rapidamente num modo adequado de pelo menos dar início à experiência (*experiência, sim!*) no Brasil de implementação de uma nova cultura que encantasse os operadores. Continuava a preocupar o excesso de trabalho que sobrecarregava o Poder Judiciário, de modo que novos mecanismos precisavam ser pensados para tentar minimizar a demora da prestação jurisdicional. Entrou em pauta o polêmico projeto de Lei de Mediação, concebido em 1999 no âmbito do Instituto Brasileiro de Direito Processual (*e quantas foram as discussões na elaboração deste projeto, transcorridas em ambiente sereno nas agradáveis reuniões realizadas na casa de Ada Pellegrini Grinover!*). Enfim, havia ainda um sem-número de tarefas a completar, o que demandava esforço comum dos três poderes no sentido de levar adiante a maratona reformista, que estava longe de dar-se por concluída.

94. No final de 2003, a Secretaria da Reforma do Judiciário solicitou-me que fizesse uma triagem nos projetos de reforma do Código de Processo Civil que estavam em curso no Congresso Nacional, para selecionar aqueles que caminhavam em sintonia com as modificações que estavam sendo preparadas. Lidei com cerca de 3 (três) centenas de projetos em tramitação nas duas Casas Legislativas! Era preciso, portanto, organizar a próxima etapa das reformas que estavam por vir.

95. Apresentadas as propostas legislativas do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça, o Governo Federal fez saber que pretendia lançar ampla reforma na legislação infraconstitucional, com o apoio do Supremo Tribunal Federal e das associações de magistrados (que apresentaram catorze propostas legislativas, a respeito das quais o Instituto Brasileiro de Direito Processual teve oportunidade de se manifestar com maior ou menor sucesso em suas sugestões de aprimoramento).

96. Em 15 de dezembro de 2004, o Presidente da República divulgou oficialmente um conjunto de propostas legislativas para alteração do Código de Processo Civil, do Código de Processo Penal e da Consolidação das Leis do Trabalho (além de proposta de alteração da Lei dos Juizados Especiais), encampando o trabalho de todas as entidades que estavam contribuindo para a implementação desta nova fase das reformas legislativas. Apresentou ainda propostas aos relatores de sete projetos de lei em tramitação para aperfeiçoamento dos esboços de lei.

⁶⁷ Conforme consta de informativo divulgado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual em 15 de janeiro de 2003, “nos dias 26 e 27 de agosto do ano passado [2002], Brasília foi palco de encontro inédito, ocasião em que algumas dezenas de professores de direito processual civil discutiram o esboço de anteprojeto de lei sobre o cumprimento da sentença e execução de título executivo extrajudicial, elaborado pelo Ministro Athos Carneiro”.

A iniciativa, que consolidava um acordo entre os três poderes para colaborar com a reforma e agilizá-la, recebeu a denominação (*algo pomposa, vá lá!*) de “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”. O “Pacto” começou a produzir efeitos em 2005, quando passaram a ser aprovadas as leis de que tratarei adiante.

97. No final de 2004 sobreveio também a Emenda Constitucional 45, que implantou a tão esperada Reforma do Judiciário. Muito embora as modificações constitucionais promovidas não tenham contentado a todos,⁶⁸ estava preparado o clima para mais uma rodada de remodelações significativas no Código de Processo Civil.

XX – A execução de sentença torna-se cumprimento de sentença

98. A Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, foi o primeiro diploma que resultou do esforço nacional para modernização do processo, refletido no “Pacto” de 2004. O legislador finalmente completou a obra, iniciada em 1994, de mitigação do sistema derivado da *actio iudicati*, ou seja, de processos independentes para o conhecimento e para a execução. O claro objetivo do legislador foi colocar no mesmo plano os mecanismos disponíveis para o cumprimento de todas as espécies de sentenças condenatórias, abandonando a idéia de que a implementação de tais sentenças devesse passar pelo processo (formal) de execução, com nova citação do devedor, que poderia embargar (ação de embargos de devedor) a execução com a necessária consequência de suspender o fluxo normal das medidas de expropriação. A idéia era perfeita: dar ao juiz os poderes necessários para fazer valer sua sentença condenatória, independentemente de execução. O resultado, porém, deixou a desejar, pois o legislador acabou criando, em verdade, *dois métodos* bem diferentes e apartados de fazer cumprir sentenças condenatórias: o primeiro, ligado às sentenças condenatórias, objetivando obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa certa e coisa incerta, é ágil, poderoso, irresistível; o segundo, tendo por alvo as obrigações de pagar quantia, continua lento, balofo e desajeitado.

99. Não me coloco entre aqueles que, sem razão, criticam a reforma trazida pela Lei 11.232/05, afirmando que o legislador nada modificou, limitando-se a cancelar a citação para a fase processual subsequente à de conhecimento (execução), trazendo poucas alterações relevantes para dar eficiência ao processo. Tal crítica não é correta. A desnecessidade de nova citação, com a consequente *defor-*

⁶⁸ Quando, a pedido da *Revista Literária de Direito*, escrevi breve texto sobre a reforma constitucional (“Reforma da Constituição e processo: promessas e perspectivas”, ano XI, nº 56, fev./mar. 2005, p. 4-8), em meio ao tiroteio que se travava em torno das novidades inseridas na Carta, consideradas excessivamente conservadoras (especialmente no que se referia ao Conselho Nacional de Justiça, que não tinha uma estrutura compatível com o desejado controle *externo* da magistratura), disse que se tratava apenas de um início alvissareiro para as transformações que viriam. Não creio que tenha errado em minha avaliação.

malização do processo de execução, é apenas uma das vantagens implantadas. A aplicação da multa pelo descumprimento da sentença condenatória, a aceleração dos atos de apreensão e avaliação de bens, o efeito suspensivo apenas eventual da impugnação do devedor (que substitui, com vantagem, os embargos à execução) são apenas algumas das vantagens que, somadas, revitalizam o ordenamento jurídico no que se refere à execução. Acrescente-se a isso tudo a modificação ocorrida no Livro II do Código (Lei 11.382/06) e o quadro efetivamente melhora muito, trazendo mais ferramentas para que o juiz possa fazer cumprir de modo mais célere sua sentença. Poderia, porém, ter sido ainda melhor: se o legislador não tivesse insistido na diferença ontológica marcada no art. 475-I, construindo um divisor de águas entre o cumprimento de sentenças condenatórias *específicas* e o cumprimento das sentenças condenatórias *genéricas*, a agilidade objetivada pelo legislador teria sido potencializada. Explico: o artigo citado diz que “o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei” ou – e aí reside o problema – “tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”. Eis aí: o legislador criou uma execução vanguardeira para as sentenças que condenam o devedor a fazer, não fazer, entregar coisa certa ou incerta, permitindo ao juiz determinar as medidas que reputar necessárias para a implementação da ordem (entre elas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras), enquanto que, para as sentenças que condenam o devedor a pagar quantia, reservou a longa via da penhora-avaliação-expropriação. Efetivamente, poderia ter sido melhor.⁶⁹

100. Entre as novidades implementadas pelo legislador, uma em especial chamou a atenção dos operadores: trata-se da multa prevista no art. 475-J, que funciona como fator de persuasão para que o devedor cumpra desde logo a sentença condenatória transitada em julgado. O artigo tem recebido alguma crítica, por não ter deixado claro o modo pelo qual o devedor (ou, o que será mais comum, seu advogado) deverá ser informado a partir de qual momento estará sujeito à penalidade. Alguns chegaram a sustentar que bastaria o trânsito em julgado (ainda que ocorra, como é usual, nos tribunais, locais ou de superposição) para que começasse a fluir o prazo para cumprimento da sentença. Tal entendimento não parece adequado, pois provocaria imensa aflição entre os advogados, que estariam sujeitos a longas viagens às capitais (sedes dos tribunais) para em

⁶⁹ Nas discussões realizadas sob a égide do Instituto Brasileiro de Direito Processual em Brasília, durante o mês de agosto de 2002, propus redação diferente para o art. 475-I, fazendo notar que as medidas para implementar a sentença condenatória de quantia deveriam também, na linha do que já estava em vigor para as demais sentenças condenatórias, dotar o juiz de poderes que pudessem desde logo satisfazer o vitorioso (apreensão de dinheiro para entrega imediata, por exemplo). Se tivesse sido aceita a sugestão que fiz, o art. 475-I teria hoje a seguinte redação: “Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei; tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, o cumprimento da sentença far-se-á nos termos dos demais artigos deste Capítulo, aplicando-se, no que couber, os arts. 461 e 461-A.”

tais localidades cumprirem as decisões, evitando a incidência da multa. Sabem todos que os tribunais costumam demorar bem mais que um mês para devolver os autos depois de transitado em julgado o acórdão (em São Paulo, o prazo é ainda maior), de modo que não é possível que o legislador, em busca de celeridade e melhor funcionamento do processo, possa ter imaginado um mecanismo tão penoso (*para não dizer desastrado*) para o devedor. Tem mais: se a idéia fosse minimamente sustentável, certamente seria mais interessante para o devedor pagar a multa de 10% (dez por cento) sobre o débito do que ir, por exemplo, a Brasília: o custo da viagem, dependendo do caso, poderá ser maior que o percentual acrescido! Seja lá como for, não creio que a interpretação criticada possa prevalecer. Se a norma for aplicada com um pouco de bom senso, deverá o juiz da instância originária, onde o cumprimento da sentença deve ocorrer, intimar (por via postal) o advogado do devedor, informando-o do início do prazo quinzenal para cumprimento “voluntário” da sentença sob pena de, excedido o prazo, ser iniciada a execução assim que o requeira o credor, com o acréscimo da penalidade legal. Tal intimação ocorrerá tão logo os autos sejam baixados à instância inferior.

101. Outro tema que movimentou os estudiosos diz respeito à novidade inserida no art. 475-N, inciso I, que passou a considerar título executivo judicial a “*sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia*”. Deixando de lado o fato de que a redação do dispositivo foi modificada no Senado Federal de forma obscura, não se pode negar que o inciso – apesar da polêmica – implantou regra positiva e útil. Com efeito, na reunião de Brasília de agosto de 2002, a idéia já havia sido ventilada.⁷⁰ A proposta, porém, acabou rejeitada, não porque fosse tecnicamente inadequada, mas apenas porque, à época, entenderam os membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual que o tema mereceria maior estudo e discussão, de modo que o anteprojeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados, fazendo constar que o primeiro dos títulos executivos judiciais seria a “*sentença condenatória transitada em julgado*”. Na Câmara, o dispositivo foi emendado, para constar que seria título executivo “*a sentença condenatória proferida no processo Civil*”. Esta foi a redação aprovada naquela casa de origem. No Senado Federal, sob a afirmação de que se estaria apenas corrigindo linguagem, o dispositivo recebeu (sem emenda e em aberta violação ao processo legislativo) a redação final.

102. Mas afinal, qual a extensão deste título executivo judicial renovado? Não houve, propriamente, a introdução no sistema processual brasileiro de uma

⁷⁰ Teori Albino Zavascki apresentou proposta para inserir dois parágrafos no art. 475-N, explicitando a possibilidade de executar as sentenças declaratórias. Se não erro (e encontrei estas anotações nos relatórios que fiz das reuniões de agosto de 2002), a redação sugerida para os dois parágrafos que seriam acrescentados ao art. 475-N era a seguinte: “§ 1º Em caso de inadimplemento de obrigação, a sentença declaratória de sua validade e exigibilidade terá eficácia executiva, podendo ser cumprida, conforme sua natureza, segundo o disposto nos artigos 461, 461-A e no Cap. X, Título VIII, do Livro I”; “§ 2º A sentença que julgar improcedente o pedido em ação declaratória de inexistência de obrigação equipara-se à sentença referida na parágrafo anterior.”

radical novidade. Diversos artigos do Código de Processo Civil apontavam uma realidade inescandível: certos provimentos judiciais já albergavam a idéia de que poderiam resultar efeitos condenatórios de simples declarações (arts. 76, 899, § 2º, 918, para fixar alguns exemplos),⁷¹ de modo que o legislador de 2005 apenas generalizou algo que naturalmente decorria do sistema do Código. Será possível, portanto, sem necessidade de construções rebuscadas, executar sentenças declaratórias proferidas naquelas situações em que teria sido possível escolher tutela condenatória e o juiz, ao julgar procedente o pedido, reconheça expressamente a responsabilidade do vencido em relação a determinada obrigação. Da mesma forma, vislumbro grande utilidade do método nas demandas declaratórias de inexistência de relação jurídica, especialmente na área tributária, eis que a sentença de procedência poderá atestar a eventual existência de crédito a restituir (valores recolhidos ao Fisco quando não há relação tributária que autorize a exação, por exemplo). Por outro lado, não se pode dizer que toda sentença de improcedência de ação declaratória de inexistência de obrigação constituirá título executivo: se o juiz julga improcedente demanda que tende a negar a existência de uma relação jurídica afirmada pelo autor, isso não significa, necessariamente, o reconhecimento de que exista uma obrigação a favor do réu. Em cada caso concreto, o juiz estará adstrito à causa de pedir alegada pelo autor. Pense-se no seguinte exemplo: o autor alega que a relação jurídica não existe (e pede sentença neste sentido) porque, ao contratar, era incapaz. O juiz repele o argumento e julga improcedente a ação declaratória de inexistência de obrigação. Terá reconhecido a existência de uma obrigação a favor do réu? Certamente não: o juiz limitou-se a asseverar que por aquela causa alegada não pode reconhecer a inexistência da obrigação (*mas podem existir outras, não examinadas*). Se a doutrina agir com prudência, creio que a novidade implantada pela Lei 11.232/05 significará progresso científico razoável, livrando nosso sistema de artificialismos desnecessários.⁷² É preciso, porém, agir com cautela para não imaginar que todas as sentenças declaratórias serão passíveis, doravante, de execução.

⁷¹ Teori Albino Zavascki, antes da reforma, já observava que “outros provimentos jurisdicionais possuem força executiva, que lhes é atribuída ou por disposição normativa explícita, ou pelo próprio sistema. Na verdade, conforme sustentamos, todas as sentenças proferidas no processo civil que definam, de modo completo, uma norma jurídica individualizada, contendo prestação exigível de pagar quantia, são títulos que, até por decorrência constitucional, ensejam ao credor, desde logo, a postulação da tutela satisfativa do direito” (Processo de Execução, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 307).

⁷² Enrico Tullio Liebman, ao tratar das diferenças específicas entre as sentenças declaratórias e condenatórias, ensinava que “a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente – e nisto ela não difere de todas as outras sentenças (função declaratória); em segundo lugar, faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisso reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora)”. E concluía: “Este segundo elemento, a formulação expressa ou implícita da regra sancionadora concreta, é propriamente a novidade produzida pela sentença condenatória. Novidade necessária, porque é ela que torna possível a atividade dos órgãos judiciários para satisfazer coativamente o direito do credor” (Processo de Execução, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 18-19). Se as lições de Liebman suscitavam aceso debate antes

103. Uma última observação que quero fazer sobre a Lei 11.232/05 diz respeito também ao art. 475-N, agora no que tange o inciso V: reforçou o legislador a informação de que o acordo extrajudicial, homologado, constitui título executivo judicial. Trata-se de mero reforço de informação, pois o art. 57 da Lei 9.099/95 já dispunha que “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial”. O dispositivo que consta desde 1995 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais diz respeito a situações que extravasam os limites de competência dos Juizados, de modo que agora o legislador resolveu apenas reforçar uma idéia que já permeava o sistema, qual seja, a possibilidade de oficializar o acordo extrajudicial. Tendo em vista o novo mecanismo de cumprimento das sentenças, parece que os advogados vão usar esta ferramenta que, se não é nova, agora adquiriu utilidade suplementar, já que para o credor é muito mais cômodo prosseguir na execução (cumprimento de sentença) do que promover, com o acordo extrajudicial firmado por duas testemunhas (ou referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria ou por advogados), uma execução por título extrajudicial nos termos do Livro II do Código.

XXI – Súmula vinculante, repercussão geral e restrição ao direito de recorrer

104. Não é nova a antipatia dos operadores em relação às restrições ao direito de recorrer: desde as medidas de contenção aos agravos de instrumento até chegar-se ao patamar mais elevado das súmulas vinculantes, houve sempre enorme resistência, insistindo muitos no perigo do engessamento dos juízos e na estagnação dos movimentos renovadores que decorrem da saudável – e livre – discussão das teses nos tribunais. O custo de toda essa liberdade foi altíssimo e os processos atingiram um grau de lentidão tão irritante que os cidadãos não têm mais certeza de que os processos ensejam uma atividade finita. Algo precisava ser feito, e o debate acabou frutificando, de modo a permitir gradual implantação de um razoável sistema de contenção e desestímulo aos recursos. Não aquela contenção mal ajambrada implantada pela Lei 9.756/98, mas um sistema corajoso de limitação à atividade recursal. É bem verdade que a tentativa de 2000, no sentido de limitar (nos procedimentos sumaríssimos enxertados na Consolidação das Leis do Trabalho) o recurso ordinário em matéria fática fracassou, por conta de veto presidencial, por puro medo de quebrar um tabu do devido processo legal (o assim dito princípio do duplo grau de jurisdição). Mas o trabalho e o debate prosseguiram, de modo que os agravos foram freados numa sucessão considerável de leis (a última delas foi, como já se viu, a Lei 11.187/05, que tornou irrecurável a decisão monocrática que converte agravo de instrumento em agravo retido); a Constituição Federal finalmente liberou o Supremo Tribunal Federal

da Lei 11.232/05, creio que, depois da reforma, não é mais possível sustentar (diante do direito positivo brasileiro) a idéia de que a aplicação da sanção ao vencido seria o elemento distintivo das sentenças condenatórias.

de julgar, em sede extraordinária, “causas de botequim”; e o Código de Processo Civil preparou-se para lidar com súmulas impeditivas de recursos. Enfim, as súmulas vinculantes (recentemente regulamentadas pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006), monstro apavorante para alguns, revelaram antes de mais nada o critério e o bom senso do Supremo Tribunal Federal, que tem agido com elogiável ponderação.

105. Em 7 de fevereiro de 2006, foi editada a Lei 11.276, que entre outras medidas introduziu um parágrafo relevante no art. 518, para determinar que “o juiz não receberá recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Trata-se da súmula impeditiva de recursos, mais um mecanismo de estabilização da jurisprudência que revela uma escolha do legislador no sentido de fortalecer os precedentes jurisprudenciais. O sistema recursal, agora, parece mais claro: a Lei Processual prestigia os precedentes do próprio magistrado (art. 285-A), favorece os precedentes da própria corte (art. 557, jurisprudência dominante no próprio tribunal), valoriza os precedentes dos tribunais superiores (autorização para que os relatores neguem seguimento a recurso ou até mesmo julguem o mérito, conforme as hipóteses do art. 557 citado e seu § 1º-A), homenageia os precedentes do Supremo Tribunal Federal (novamente a “jurisprudência dominante”) e, finalmente, reconhece a imposição gerada pelas súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Como se vê, a regra do art. 518, § 1º, fecha mais uma etapa do cerco e torna quase completa a obra do legislador no sentido de estimular a estabilização da jurisprudência como forma de minimização dos recursos: o efeito final de todas as reformas por que passaram os recursos foi exatamente esse, o de estabilizar as decisões dos tribunais, tornando residual a ciranda da sorte com que contavam alguns no manejo dos recursos. Quanto mais variada e instável for a jurisprudência de uma corte (e a situação se agrava proporcionalmente à importância da corte) mais recursos haverá, pois os advogados – por dever de ofício, repito à exaustão – tentarão a sorte.

106. Mais recentemente, a Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição Federal,⁷³ acrescentando ao Código de Processo Civil os arts. 543-A e 543-B, para disciplinar a repercussão geral de questões constitucionais. A reforma constitucional de dezembro de 2004 ressuscitou a argüição de relevância da questão federal, fantasma da ditadura que causou arrepios em alguns. O método incorporado pela Constituição, porém, longe de causar a perplexidade e o desconforto provocado por seu predecessor, era necessário para liberar a Corte Suprema do encargo de julgar causas sem qualquer relevância para a nação, o que não parece ser tarefa digna de uma Corte Constitucional. O dispositivo cria, portanto, válvula de escape, que será usada

⁷³ Art. 102, § 3º, da Constituição Federal: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

pelo Supremo Tribunal Federal para gerar precedentes que inibirão o manejo do recurso extremo quando ficar claro que determinadas matérias, seja por sua pouca importância em termos sociais, seja pela sua relevância apenas regional, não serão conhecidas pela mais alta corte do país, abrindo espaço precioso para o julgamento (mais rápido e de melhor qualidade) de questões de grau constitucional que merecem – essas sim – a atenção dos julgadores. E para o efeito de conhecimento dos recursos extraordinários, a Lei 11.418/06 fixou alguns critérios (vagos e propositadamente imprecisos) que orientam a filtragem (questões relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico “*que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”). Dois parágrafos chamam minha atenção: o § 3º, de modo objetivo (e não vago e impreciso), abre a possibilidade de conhecimento a recurso extraordinário que impugne decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do próprio Supremo Tribunal Federal (o que dispensa, portanto, o filtro da repercussão geral da questão, no caso presumida) e o § 5º, que estabelece (mais uma vez) a força dos precedentes do próprio Tribunal, afirmando que, negada a existência de repercussão geral, a decisão será aplicada para todos os recursos sobre matéria idêntica, dispensando o Tribunal de reunir seus ministros para reiterar sua opinião em cada caso concreto. A análise da repercussão geral, por sinal, poderá ser feita em bloco (multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia) de modo que, escolhidos recursos mais representativos, a decisão sobre a repercussão da questão constitucional que se tomar vinculará todos os outros recursos (cujo processamento será sobrestado). Outra vez, prestigia o legislador a força do precedente e favorece a estabilização da jurisprudência no âmbito do tribunal (no caso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal) e também impõe a decisão da corte superior às cortes inferiores (refiro-me sempre à função), de modo que os tribunais de origem deverão – caso seja provido o recurso extraordinário escolhido como “representativo da controvérsia” – reapreciar a decisão guerreada (e se isso não for feito e o recurso for admitido, o Supremo Tribunal Federal, prestigiando seu precedente, poderá simplesmente cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à sua orientação).

XXII – Duas palavras sobre o contraditório inútil

107. A inserção do art. 285-A no Código (obra da Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006) fez estremecer os dogmáticos e os conservadores: quis o legislador que em causas repetitivas possa o juiz, aproveitando decisão em causa anterior, potencializar seu trabalho, reportando-se ao precedente, desde que a matéria seja unicamente de direito, o caso paradigmático seja idêntico e a decisão seja de improcedência. A linguagem usada pode ensejar alguma dúvida, pois “matéria unicamente de direito”, em boa técnica, não existe, já que qualquer demanda reporta-se a fatos concretos que estão à base da causa de pedir; da mesma forma, a expressão “casos idênticos” empregada pelo legislador não equivale a “ações idênticas”, mas está indicando que a tese jurídica em discussão deverá ser igual, embora as partes sejam diferentes (e, eventualmente, os pedidos também, já que de uma mesma tese pode decorrer pedido declaratório ou condenatório, com

igual fundamento jurídico). Por fim, exigiu o legislador que o mecanismo do art. 285-A só possa ser usado quando o provimento judicial seja denegatório do pedido do autor: não fosse assim, poderia restar ferido o princípio do contraditório, de estirpe constitucional.

108. O claro objetivo do legislador foi o de provocar aceleração, sem prejuízo do contraditório e dos princípios que devem reger o devido processo legal. Se o magistrado já teve oportunidade de examinar uma tese jurídica (como é comum em sede tributária) e teve oportunidade de repelir o pleito fundado em tal tese, não parece razoável que o juiz, escondendo sua convicção, provoque o desnecessário prosseguimento do processo (citação do réu, contestação, “réplica”, “tréplica” e o interminável “diga-diga” que torna demorado o processo) para, depois dessa verdadeira *pantomima* (arremedo de contraditório), revelar o que já se sabia, isto é, que ele, magistrado, não acolhe a tese e que, portanto, repele o pedido. O dispositivo recém-implantado é um estímulo à honestidade intelectual e uma demonstração de respeito aos jurisdicionados: se o juiz já tem decisões anteriores contrárias ao pleito do autor e se a causa não envolve discussão fática, então não há razão alguma para iludir o autor e arrastar o processo em todas as suas fases ulteriores. Como se percebe, o legislador evitou, em última análise, o contraditório inútil, pois citar o réu para que ele diga o que o julgador já sabe e provocar as partes para discutir tese a respeito da qual o juiz já está convencido é perda de tempo inaceitável. Alguns viram nisso quebra do contraditório.⁷⁴ Mas que contraditório? Não notaram que o autor será favorecido com o novo sistema? Não notaram que o réu não terá perda alguma com a adoção da nova técnica? O § 2º acrescido pela mesma Lei 11.277/06 mostra que o legislador adotou para o art. 285-A técnica diversa daquela escolhida quando foi reformado o art. 296: aqui (art. 296), o indeferimento da inicial e o subsequente inconformismo do autor vencido (por meio da apelação) não provocará a citação do réu; ali (art. 285-A), a apelação necessariamente provocará a intervenção do réu, já que poderá o tribunal eventualmente prover o apelo e – tratando-se de “causa pronta” (matéria de direito) – desde logo julgar o mérito. Definitivamente, não posso ver qualquer perda para as partes. Ao contrário, vislumbro excelente método de economia processual, editado sob os auspícios do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

XXIII – Miscelânea: novas modificações no processo de conhecimento

109. A Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, fez alguns remates a dispositivos do Código que precisavam de ajustes. Foram, em verdade, 9 (nove) alvos bem distintos, sobre os quais discorro rapidamente.

⁷⁴ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn 3.695, rel. Min. Cezar Peluso). Não obteve a liminar suspensiva pretendida. O Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou-se como *amicus curiae* (a peça de intervenção foi cuidadosamente preparada por Cássio Scarpinella Bueno).

110. O primeiro ajuste refere-se ao tema da incompetência relativa. O art. 112 passou a contar com parágrafo único que, quebrando a regra de que a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício pelo juiz, passou a permitir que a nulidade da cláusula de eleição de foro (desde que em contrato de adesão) seja reconhecida sem provocação, de modo que os autos do processo sejam enviados para julgamento na comarca do domicílio do réu. Trata-se, é claro, de regra programada para evitar abusos que já vinham sendo detectados pelos tribunais: a parte mais forte na relação jurídica impõe foro mais favorável (eleito no contrato de adesão) de modo a tornar mais cômoda a defesa dos seus interesses, ainda que torne extremamente penosa para o aderente o acesso aos tribunais. A bem da verdade, cumpre reconhecer que o problema situa-se em campo diferente daquele da competência: o juiz, reconhecendo a nulidade da cláusula de eleição de foro (abusiva), cinge-se a negar-lhe efeito, o que normalmente deve causar a competência do foro onde está domiciliado o réu (regra geral da competência).

111. O segundo tema tratado pela lei sob foco tange o processo eletrônico: como já observei em item anterior, anos depois de ter sido vetada a redação proposta para o parágrafo único do art. 154, o legislador volta à carga para finalmente permitir que os tribunais disciplinem a prática e a comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos, desde que respeitados os cânones estabelecidos pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Antes tarde do que nunca! Francamente, nunca me conformei com o veto presidencial de 2001. Perdeu-se tempo precioso, durante o qual os tribunais – com criatividade – poderiam ter desenvolvido programas (ainda que regionalizados) que levassem os advogados a se habituarem aos métodos mais modernos de comunicação informatizada.

112. O terceiro tema toca a prescrição: com a nova redação do § 5º do art. 219, o juiz passou a ter o poder de pronunciar, independentemente de provocação, a prescrição. A nova regra revogou a dicção anterior do dispositivo legal, que permitia ao juiz conhecer da prescrição de ofício se não se tratasse de direito patrimonial. O dispositivo parecia incidir sobre o vácuo, já que muitos – como eu – duvidavam da existência de um direito que não tivesse alguma (ainda que pálida) repercussão patrimonial. É bem verdade que o dispositivo que foi diretamente reformado (art. 219, § 5º, em sua versão original) já havia sido derogado pelo art. 194 do Código Civil (que admitia que a prescrição fosse pronunciada de ofício se favorecesse o absolutamente incapaz); depois do advento da Lei 11.280/06 ficou claro que não havia mais qualquer restrição para que o juiz declarasse de ofício a prescrição.

113. O quarto ponto tocado pela Lei 11.280/06 foi a distribuição por dependência: mais uma vez foi alterado o art. 253, para que as hipóteses de prevenção fossem ampliadas, evitando que litigantes ímprobos possam ter sucesso em manobras que tendam a quebrar a garantia do juiz natural.

114. A alteração seguinte afetou o art. 305 (exceção de incompetência), cujo parágrafo primeiro passou a permitir que a petição de interposição seja protoco-

lizada no juízo do domicílio do réu, que deverá requerer sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação. O método, sem dúvida, mostra avanço no processamento da exceção, pois não parece realista submeter o réu – diante da escolha arbitrária de foro pelo autor – a deslocamentos por vezes consideráveis para fazer valer seu direito de ser demandado no foro geral (local de seu domicílio) ou outra localidade que lhe seja mais conveniente de acordo com as regras especiais de competência aplicáveis ao processo. A apresentação de petição nos termos do parágrafo, porém, não isenta o réu de alguns riscos, especialmente em localidades onde o serviço judiciário seja moroso ou onde os meios à disposição dos juízes não sejam os mais adequados: pode acontecer que o réu proceda exatamente como manda a lei e a petição somente chegue ao seu destino depois de ter o juiz local, constatando a revelia do réu, proferido sentença a seu desfavor. Se tal acidente ocorrer (e basta pensar na necessidade de remeter uma petição protocolada numa pequena comarca do interior de São Paulo para um rincão qualquer do gigantesco Estado do Amazonas), não restará ao réu prejudicado outra alternativa que não seja o recurso de apelação (se ainda for possível manejá-lo) ou, se serôdio o apelo, socorrer-se da ação rescisória (art. 485, V).

115. O art. 322, que trata da revelia, recebeu retoque para adequá-lo melhor à boa técnica. Dizia o *caput* do artigo que os prazos correriam contra o revel independentemente de intimação. Todos sabiam que não era assim: se o réu, revel, tivesse constituído advogado, este seria necessária e inexoravelmente intimado de todos os atos processuais (nem poderia ser diferente). A mudança imposta pela Lei 11.280/06, portanto, foi apenas para melhorar a forma do artigo, o que também pode ser dito sobre o parágrafo único acrescentado, que não mudou nada, apenas tornou mais claro que o revel poderá intervir no processo em qualquer de suas fases, recebendo-o no estado em que se encontrar. Isso significa (mas não decorre da nova dicção legal) que o réu revel poderá participar plenamente da instrução processual, produzindo provas em audiência, ainda que não tenha apresentado contestação tempestiva (revelia, é bom lembrar, significa apenas isso: não-apresentação de contestação no momento oportuno).

116. A sétima alteração refere-se às cartas precatórias e rogatórias: o art. 338 passou a disciplinar de modo mais adequado a questão da suspensão do processo provocada pelo requerimento de diligências formulado antes do saneamento. O artigo, em sua versão original, deu margem a certo abuso, pois alguns litigantes formulavam pleitos (tempestivos) de diligências instrutórias (de duvidosa utilidade) a serem realizadas em comarcas distantes na certeza de que o expediente protelaria o andamento regular do processo. A partir da implantação da nova redação do art. 338, cabe ao juiz decidir se a atividade instrutória pleiteada por via de carta é ou não imprescindível para o julgamento. Se não for, o magistrado fica implicitamente autorizado a dar andamento ao processo (e a proferir sentença, se a causa estiver pronta).

117. Com relação à rescisória – penúltima alteração tratada pela Lei 11.280/05 –, o legislador limitou-se a positivar o entendimento já consolidado pela jurisprudência: nos casos de urgência, pode ser concedida medida cautelar ou antecipatória de tutela que impeça o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo.⁷⁵

118. O último tema tratado – o tormentoso cabo-de-guerra provocado pelo pedido de vista de membros dos colegiados – desaguou na modificação do segundo parágrafo do art. 555 (e no acréscimo de um terceiro parágrafo), tudo para estabelecer um mecanismo (pouco funcional) de requisição, pelo presidente do órgão julgador, dos autos do processo para o forçado prosseguimento do julgamento interrompido pelo pedido de vista. O dispositivo parece ter sido criado como uma espécie de advertência para alguns juízes que, com inaceitável frequência, retardam os julgamentos com demorados pedidos de vista para melhor exame dos autos, funcionando então como remédio extremo para evitar excessos. Não creio, porém, que os presidentes dos órgãos julgadores queiram indispor-se com seus pares, requisitando os autos dos processos para forçar o prosseguimento de julgamentos quando algum julgador mostrar-se inabilitado para proferir voto sobre a matéria (motivo, aliás, do pedido de vista). Some-se a isso a possibilidade de solicitar o julgador a prorrogação do pedido de vista e fica fácil compreender que o dispositivo não empolga os operadores (especialmente os advogados) que muitas vezes são obrigados a aguardar pacientemente a devolução de autos que permanecem em mãos de julgadores assoberbados...

XXIV – Execução de títulos extrajudiciais

119. A *deformalização* da execução implantada em 2005 (cumprimento de sentença) resolveu apenas pela metade a disfunção apresentada pelo processo de execução e urgia complementar a reforma naquele quadrante, até porque o legislador, não querendo impor modificação radical de método expropriatório, reportou-se – mesmo em sede de cumprimento de sentença – às técnicas do Livro II (art. 475-R). Assim, a Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, veio completar o amplo rol de reformas iniciado em 1994 relativamente ao processo de execução.

120. O legislador abandonou de vez um esquema processual que apresentava desgaste profundo, qual seja, o da necessidade de garantir a execução (garantia do juízo) para poder o devedor opor embargos à execução. Assim, uma das grandes – e relevantes – alterações impostas pela lei sob foco foi exatamente a previsão de que o executado será citado não mais para pagar ou oferecer bens à penhora, mas sim para pagar em 3 (três) dias sob pena de ver penhorados bens que o credor indicará, tendo em mira preferencialmente a nova ordem estabelecida no art. 655. A partir da citação (ou, mais precisamente, da juntada aos

⁷⁵ Apontou o fato Flávio Luiz Yarshell (*Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 287).

autos do mandado de citação cumprido), começa a correr o prazo de 15 (quinze) dias para a propositura da ação de embargos, independentemente da garantia do juízo. Os embargos, em princípio, não terão mais o efeito suspensivo sobre a execução: se o juiz perceber que os fundamentos levantados pelo embargante são relevantes, capazes de causar grave dano ao executado, e desde que a execução já esteja garantida (penhora, caução ou depósito, diz o art. 739-A), poderá ser conferido efeito suspensivo (sem prejuízo dos atos complementares que se fizerem necessários para a efetivação da penhora e avaliação de bens).

121. Esta observação inicial já revela o claro intuito do legislador: acelerar a execução, que há tempos vem correndo a dano do exequente, o que é injustificável. Vale lembrar que o título executivo (judicial ou extrajudicial) cria presunção, a favor do exequente, da existência do direito, o que justifica um natural desequilíbrio no processo de execução exatamente a favor daquele que parece ter razão.⁷⁶ Foram tantas as distorções do processo de execução e foram tantos os favores legais prestados ao executado que os operadores têm a nítida sensação de que os juízes partem da premissa inversa: o devedor tem razão, até que o credor prove que seu título vale alguma coisa! Esta intolerável inversão de valores foi severamente combatida com algumas medidas enérgicas tomadas para revitalizar a execução. Vejam-se alguns exemplos: o executado não é mais convidado a indicar bens à penhora (tal indicação cabe ao exequente); a ordem dos bens penhoráveis, prevista no art. 655, tornou-se mais adequada para permitir deslinde mais rápido do processo executivo; o executado tem o dever de indicar onde estão os bens sujeitos à penhora, sob pena de punição (art. 600, IV); o credor pode averbar em registro imobiliário a certidão comprobatória do ajuizamento da execução, prevenindo fraude de execução (art. 615-A); deu-se primazia para a adjudicação de bens como forma de pagamento ao exequente.

122. O legislador trabalhou também com um regime adequado de recompensas e punições no trato do devedor: se o executado desde logo efetuar o pagamento do que deve, no tríduo legal, ficará dispensado de pagar a metade dos honorários advocatícios relativos ao processo de execução (art. 652-A, parágrafo único); se reconhecer o valor do crédito do exequente e fizer o depósito de 30% (trinta por cento) do valor devido (incluindo custas e honorários), poderá reque-

⁷⁶ Como lembra com precisão Ada Pellegrini Grinover, na exposição de motivos do Código de Processo Civil já constava claramente que na execução (ao contrário do processo de conhecimento, que se desenvolve num sistema de igualdade entre as partes) há desigualdade entre exequente e executado. *“Essa tomada de posição do legislador”* – esclarece a professora do Largo São Francisco – *“justifica o tratamento desigual dispensado pelo código ao exequente e ao executado (hoje denominados, respectivamente, credor e devedor), desigualdade esta que resulta de vários dispositivos do código, que analisaremos”*. E mais adiante observa: *“Partindo do pressuposto de que na execução há desigualdade entre exequente e executado, nota-se, constantemente, na regulamentação do processo de execução pelo novo estatuto processual, uma posição privilegiada do credor; em relação ao devedor”* (*Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1975, p. 74-84).

rer a concessão de um favor legal, qual seja, o parcelamento do débito em até 6 (seis) parcelas mensais; em contrapartida, se os embargos do devedor forem protelatórios, o embargante poderá ser multado, em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução. Tais medidas de estímulo ao pagamento da dívida e desestímulo à utilização de meios procrastinatórios certamente terão bom resultado sobre aqueles litigantes que têm patrimônio e que temerão agravar sua situação (ou tenderão a aproveitar oportunidades para liquidar a obrigação). A prática logo revelará os efeitos da opção legislativa, sendo certo que os operadores já perceberam que a multa estabelecida no art. 475-J (para o cumprimento de sentença) vem surtindo claros efeitos positivos. Tudo faz acreditar, portanto, que o rumo escolhido pelo legislador foi adequado.

123. Outro ponto sensível tocado pelo legislador diz respeito à nova ordem de preferências (para a penhora de bens) constante do art. 655. Este dispositivo foi objeto de muita discussão durante a elaboração do anteprojeto de lei pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual: o percentual de faturamento de empresas devedoras, por exemplo, havia sido relacionado em quinto lugar no rol do artigo citado, descendo depois para o sétimo degrau quando da finalização do esboço de lei; os veículos de via terrestre originariamente foram colocados como quarta escolha na gradação de bens, terminando em segundo lugar na redação final do projeto; a versão original do anteprojeto ainda usava a expressão “direitos e ações”, remetendo tais bens como última escolha na escala de prioridades para garantia do juízo, opção abandonada na versão final do trabalho, entre tantas outras (justificáveis) hesitações. Creio piamente que a redação final do art. 655 (consensual, dentro do possível) mostrou-se bastante satisfatória, destacando-se dois métodos que tendem a agilizar sobremaneira a execução: a penhora de percentual de faturamento de empresa devedora e a penhora *on line* (art. 655-A).

124. Há, porém, barreiras a superar: alguns dos interessantes mecanismos de agilização estipulados pelo legislador demandarão certo esforço para efetiva implantação. A primazia da adjudicação sobre os demais meios de pagamento ao credor já revela alguma dificuldade por conta da cultura brasileira: será mesmo que o credor vai querer adjudicar pelo preço da avaliação? Não preferirá levar o bem à hasta pública para, em lance livre, arrematá-lo por preço menor? Temo que os credores ainda apostarão na vantagem da hasta pública em detrimento da adjudicação. E o que dizer das facilidades para a alienação por iniciativa particular? Estará o credor estimulado para coordenar a venda por corretor ou para organizar ele mesmo a venda e a transformação do bem em dinheiro? Não preferirá o relativo conforto da hasta pública regida pelo juiz? O futuro dirá. O fato é que o art. 700 (revogado pela Lei 11.382/06), que estabelecia ampliados poderes para que o juiz pudesse adotar medidas proativas na expropriação, caiu no vazio, sem entusiasmar os operadores. Teme-se que possa ocorrer o mesmo com os novos métodos predispostos pela lei.

XXV – Atos processuais e meios eletrônicos

125. O legislador, finalmente, animou-se (Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006) a sistematizar a prática de atos processuais por meios eletrônicos e inseriu modificações em 12 (doze) dispositivos do Código de Processo Civil. O objetivo foi facilitar a utilização dos meios que já estão à disposição da população para agilizar a prática de atos processuais. Assim, permite-se agora que a procuração seja assinada digitalmente, da mesma forma que se admite a prática dos atos e termos do processo por via eletrônica; os juízes, por sua vez, poderão assinar digitalmente os atos que praticarem. Estas inovações simples (que dependerão, bem se vê, do fornecimento rápido de equipamento e treino adequado a todos os operadores) certamente poderão contribuir para aceleração do processo: basta pensar na dificuldade encontrada nos grandes centros para a extração e remessa das cartas precatórias e ofícios para fazer uma primeira idéia do ganho de tempo (e da economia) que estas modificações são capazes de implantar. Some-se a tudo isso a possibilidade de citações e intimações por via eletrônica e – *voilà!* – os brasileiros finalmente entramos (com algum atraso) no século XXI.

126. O armazenamento eletrônico de atos processuais também trará a todos imenso alívio. A consulta de dados, sem a necessidade de enfrentar as agruras dos cartórios superlotados, nem sempre bem organizados, trará aos operadores considerável ganho em termos de qualidade de trabalho; a consulta eletrônica a atos praticados em processos findos, por sua vez, evitará a insalubre experiência de manusear autos arquivados de modo caótico em prédios pouco adequados para a função, tudo com natural ganho de tempo (e espaço físico precioso). Ao mesmo tempo, a disseminação das certidões eletrônicas (já oferecidas por vários órgãos da administração pública) provocará menor afluxo de pessoas às repartições públicas, cujos integrantes poderão certamente usar melhor o tempo disponível para o avanço dos serviços judiciários.

127. Na mesma linha de facilitação da prática de atos por via eletrônica, a Lei 11.341, de 7 de agosto de 2006, modificou o parágrafo único do art. 541 para admitir que a demonstração de divergência jurisprudencial se dê também por meio de citação de sítios jurisprudenciais oriundos da *internet*. A novidade aqui não chega a ser muito grande, pois, a partir de 2002 (com a criação da *Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*), a citação de jurisprudência eletrônica passou a ser admitida, de maneira que a nova redação do parágrafo serve para evitar dúvidas e criar especiosidades, orientando com segurança os advogados sobre os critérios da Corte.

XXVI – Inventário, partilha, separação consensual e divórcio por via administrativa

128. A doutrina sempre foi bastante coesa acerca da natureza jurídica do inventário, mostrando que não havia respaldo adequado para a escolha do legislador no sentido de tratar do tema dentro do capítulo destinado aos procedimentos

especiais de jurisdição contenciosa. Muitos inventários, de fato, são processados em santa paz, e os herdeiros nada discutem acerca da partilha de bens, de modo que o procedimento pomposo previsto pelo legislador torna-se um peso extraordinário para quem tem que regular e regularizar a passagem de bens do falecido para seus herdeiros e sucessores. Não é nova, portanto, a idéia de processar o inventário de modo mais simples, sem as fórmulas *garantísticas* típicas do processo contencioso. O mesmo deve ser dito em relação a dois procedimentos de jurisdição voluntária que continuam a ocupar juízes e promotores de justiça sem que haja justificativa social para tanto empenho e gasto: a separação judicial e o divórcio consensuais precisavam mesmo de nova normatização, livrando-se os brasileiros dos excessos históricos e culturais já ultrapassados que tendiam a proteger o casamento até as últimas conseqüências. Sinais de maturidade de nossa sociedade: não há mais necessidade de contar com o apoio (*rectius*, fiscalização) do Poder Judiciário para regular assuntos civis a respeito dos quais pessoas maiores e capazes podem perfeitamente ajustar seus interesses. Este, portanto, o ambiente encontrado pela Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que traçou nova disciplina para inventários, partilhas, divórcios e separações judiciais, quando houver consenso entre os interessados, todos maiores e capazes.

129. Trata-se de faculdade oferecida aos interessados: a nova lei não obriga quem quer que seja a renunciar à tutela judicial de seus interesses e não cria reserva de mercado para os tabeliães. Se as partes quiserem evitar as naturais demoras do processo, se estiverem em harmonia, se dispuserem de toda a documentação necessária, poderão optar pela via extrajudicial.

130. A versão original do anteprojeto que resultou na Lei 11.441/2007 não previa a participação obrigatória de advogado nos procedimentos extrajudiciais. A firme intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil, porém, acabou por inserir a necessidade da intervenção do profissional. Melhor assim: a presença do advogado certamente evitará erros e necessidade de retificações, com gastos desnecessários; servirá também para evitar exigências desnecessárias de um ou outro cartório do foro extrajudicial, servindo o advogado para canalizar eventuais reclamações às corregedorias, quando isso for necessário.

131. A redação simplificada dada aos dispositivos renovados deixa ampla margem de regulamentação para os órgãos jurisdicionais locais (estaduais). As corregedorias estaduais certamente terão algum trabalho para implantar sistema de concentração de dados e informações (especialmente no que se refere a inventários e partilhas), não só para evitar duplicidade de escrituras, mas também para facultar aos interessados a localização de bens e a verificação de disposições acerca do cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, já que não haverá mais inventariantes e as partes interessadas poderão delegar a um dos herdeiros a representação do grupo para a prática dos atos necessários ao cumprimento de tais obrigações. Acredito que o Conselho Nacional de Justiça, as corregedorias estaduais e as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil poderão

colaborar imensamente para a implementação de mecanismos que preencham os claros procedimentais propositadamente deixados em aberto pela lei. Há amplo espaço para modernizar os serviços cartorários extrajudiciais, criando agilidade na confecção e no registro das escrituras de partilha de bens, separação e divórcio, tudo provocando alívio para os órgãos do Poder Judiciário que poderão ocupar-se de serviços mais importantes.

XXVII – Observações finais: as próximas reformas

132. Vários projetos de lei importantes que tendem a trazer novas alterações para o Código de Processo Civil estão tramitando no Congresso Nacional e aguardam discussão (e aprovação). Entre estes, também contidos no Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano, ainda estão em discussão os seguintes projetos de lei: PL 136/06 (efeitos da apelação), PL 4.827/98 (mediação), PL 1.343/03 (repercussão geral para a admissibilidade do recurso especial), PL 61/03 (alteração de prazos diferenciados para a Fazenda Pública, mudanças na execução contra a Fazenda, possibilidade de penhora de bens dominiais), PL 138/04 (extinção de embargos declaratórios).

133. Como se vê, a reforma ainda não acabou (e creio que tão cedo não vá mesmo terminar). Mas isso não é tudo: as reformas já implantadas (e as modificações ainda por implantar) não operarão milagres e ninguém deve acalentar ilusões. A lei nem sempre tem o condão de modificar condutas, comportamentos, idiossincrasias, defeitos e distorções culturais. Tudo virá a seu tempo. As modificações legislativas, porém, são um primeiro passo e o legislador, mesmo com alguns tropeços, conseguiu notável avanço. Cabe aos operadores fazer sua parte; cabe ao Estado criar os mecanismos necessários à efetivação do que ainda está apenas no papel; e cabe à sociedade reclamar, reclamar sempre, não se conformar nunca: tudo pode ficar muito melhor.

Arcadas, abril de 2007.

Carlos Alberto Carmona

Referências bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira, *Agravo*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996.

_____, *Liquidação de sentença e a Lei 8.898/94*, in *Revista de Processo* 77/65.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, v. II.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *Considerações sobre algumas das reformas do Código de Processo Civil*, in *Revista de Processo* 77/70.

- AZEVEDO, Luiz Carlos de, *O Direito de Ser Citado*, Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1980.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Procedimentos Especiais*, 2. ed., Ed. Aide, Rio de Janeiro.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998.
- BERMUDES, Sérgio, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995.
- CALMON, Petrônio, *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- CARMONA, Carlos Alberto, A citação e a intimação no Código de Processo Civil: o árduo caminho da modernidade, in *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 531-536.
- _____, Reforma da Constituição e processo: promessas e perspectivas, in *Revista Literária de Direito*, ano XI, nº 56, fev./mar. 2005, p. 4-8.
- CARNEIRO, Athos Gusmão, *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- _____, A nova sistemática da prova pericial, in *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 551-553.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1996.
- _____, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1996.
- _____, *A Reforma da Reforma*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002.
- _____, *A Instrumentalidade do Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, t. II, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- FORNACIARI JR., Clito, *A Reforma Processual Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente, Considerações sobre a ação monitória, in *Revista de Processo* 80/153.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1975.
- _____, *O Processo*, DPJ Editora, São Paulo, 2006.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *A Reforma do Processo Civil Interpretada*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995.
- MARCATO, Antonio Carlos (Coord.), *Código de Processo Civil Interpretado*, Ed. Atlas, São Paulo, 2005.
- _____, *Ação de Consignação em Pagamento*, 5. ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1996.
- _____, *O Processo Monitório Brasileiro*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998.
- _____, *Procedimentos Especiais*, 10. ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Metamorfose dos embargos*, in *Revista dos Advogados*, v. 85, ano 2006, p. 57-62.

NERY JR., Nelson, *Atualidades sobre o Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.

PASSOS, J. J. Calmon de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, v. III.

TALAMINI, Eduardo, A determinação do valor do crédito por simples cálculo, in *Revista de Processo* 85/19.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, A reforma do processo civil – simplificação e agilização, in *Revista de Processo*, p. 67-135.

_____, A prova pericial e a alteração do Código de Processo Civil, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 537-550.

TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lineamentos da Reforma do CPC*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

_____, *Ação Monitória*, 3. ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os Agravos no CPC Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, v. 8.

_____, *Processo de Execução*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.